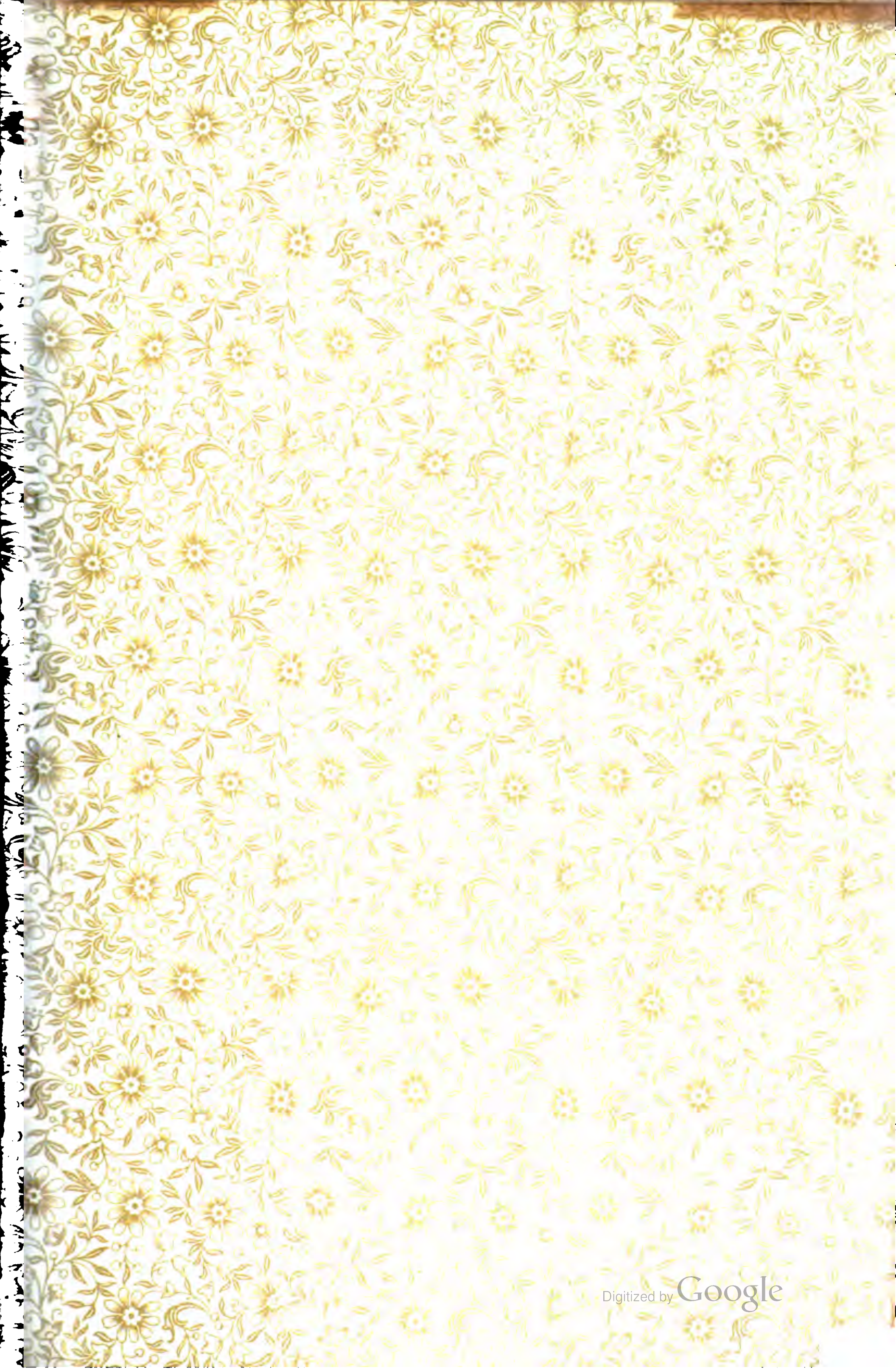



VE
RI
TAS



Das
Bürgerliche Gesetzbuch

mit Erläuterungen

für

das Studium und die Praxis

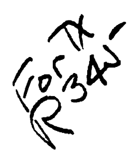
von

Dr. H. Rehbein,
Reichsgerichtsrath.

II. Band.

Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeine Bestimmungen.
§§ 241—432.

Berlin, 1903.
Verlag von H. W. Müller.
W. Potsdamerstraße 121 k.



Vorwort.

Dieser zweite Band umfaßt die §§ 241 bis 432 des BGB., die in sechs Abschnitten des zweiten Buchs die **allgemeinen** Vorschriften für das Recht der Schuldverhältnisse enthalten. Sie sind in ihrer Gesammtheit als der Allgemeine Theil des zweiten Buchs zu bezeichnen, während der siebente Abschnitt, der in 25 Titeln die einzelnen Schuldverhältnisse ordnet, den Besonderen Theil des Rechts der Schuldverhältnisse darstellt.

In ihrer Systematik folgen diese sechs Abschnitte etwa dem System des Obligationenrechts der Pandektenlehrbücher. Vom Begriff des Schuldverhältnisses in den §§ 241 (242) ausgehend, werden in den §§ 243 bis 292 des ersten Abschnitts die Gegenstände der Obligation, generische und alternative Schuld, §§ 243, 262 bis 265, Geldschuld, §§ 244, 245, Zinsen, §§ 246 bis 248, Schadensersatz (Interesse), §§ 249 ff., die Obligation aus Aufwendungen, §§ 256, 257, das jus tollendi, § 258, die Rechenschaftspflicht und in Verbindung damit der Offenbarungseid, §§ 259, 260, 261, Art, Zeit, Ort, Unmöglichkeit der Leistung, §§ 266, 269 ff., 275 das jus offerendi und subintrandi, §§ 267, 268, das Zurückbehaltungsrecht, §§ 273, 274, und der Verzug des Schuldners, §§ 284 ff., behandelt. Getrennt vom Verzug des Schuldners ordnet der zweite Titel, der besonderen Natur dieses Verzuges entsprechend, den Verzug des Gläubigers, §§ 293 bis 304. Es folgt im zweiten Abschnitt in fünf Titeln Entstehung und Inhalt der Schuldverhältnisse durch Vertrag, §§ 305 bis 319, der gegenseitige Vertrag, §§ 320 bis 327, der Vertrag zu Gunsten Dritter (Versprechen der Leistung an Dritte), §§ 328 bis 335, die Bestärkung der Verträge durch Draufgabe und Vertragsstrafe (Konventionalstrafe), §§ 336 bis 345, das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (jus poenitendi, lex commissoria, Reurecht, Reugeld), §§ 346 bis 360, und in § 361 das Rücktrittsrecht bei Fixgeschäft.

Daran schließen sich im dritten Abschnitt in vier Titeln die Vorschriften über Aufhebung (Erlöschen) der Schuldverhältnisse durch solutio, datio in solutum (Quittung, Rückgabe des Schuldscheins, Mortifikation), §§ 362 bis 371, durch Hinterlegung, §§ 372 bis 386, Aufrechnung, §§ 387 bis 396, durch Erlaß, § 397.

Der vierte Abschnitt handelt von dem Eintritt in die aktive Seite des Schuldverhältnisses Seitens eines Dritten durch Uebertragung (Cession), cessio legis, §§ 398 bis 413, der fünfte von dem Eintritt in die passive Seite durch Schuldübernahme (Vermögensübernahme) in den Formen der Expromission, Erfüllungsübernahme, Uebernahme einer Hypothek insbesondere, §§ 414 bis 419.

Den Schluß bildet der sechste Abschnitt mit den Vorschriften über das Rechtsverhältniß bei Mehrheit von Subjekten des Schuldverhältnisses (Korreal- und Solidarobligation, Theilschuldverhältniß, Gesammtschuldner, Gesammtgläubiger, gemeinschaftliche Gläubiger), §§ 420 bis 432.

Zur allgemeinen Charakteristik dieser sechs Abschnitte ist hier auf das Vorwort und die Einleitung zum ersten Bande S. XI, XII zu verweisen.

Die Methode der Bearbeitung ist trotz einzelner dagegen erhobener Bedenken beibehalten. Die übliche Kommentirung der einzelnen Paragraphen würde den Charakter des ganzen Werks ändern, das nicht sowohl die schnelle Orientirung über einzelne Vorschriften, als das Eindringen in ihren Zusammenhang im Auge hat.

Die Literatur ist in den vor jedem Abschnitt und Titel verzeichneten Werken vollständig zu finden, namentlich in der unübertrefflichen Bearbeitung des Windscheid'schen Pandektenlehrbuchs von Kipp. Was dort zu finden, wiederholt zu citiren, ist als überflüssiges Prunken mit Literaturangaben vermieden. In den Erörterungen auf die Literatur im Einzelnen einzugehen, verbot die dem Umfang des Werks gesetzte Schranke.

Der mühevollen Ausarbeitung des Sachregisters hat sich wiederum Herr Amtsgerichtsrath Magunna in Stettin in dankenswerther Weise unterzogen.

Leipzig, im September 1903.

Dr. Rehbein.

Inhaltsübersicht.

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

(Allgemeine Bestimmungen.)

Nachträge und Berichtigungen.

S. 17 **unter** 5c **Abs.** 2 **a. E.** lies: § 343 statt 543.
S. 19 **unter** 7. Vgl. RG. 50 S. 304.
S. 20 **Abs.** 2. Vgl. RG. 49 S. 82 (Zurückbehaltungsrecht).
S. 21 **Abs.** 2. Vgl. RG. 48 S. 18.
S. 23 **unter** 9. Vgl. RG. 49 S. 182 (Schiffskollision).
S. 34 **unter** 23. Vgl. Bekanntm. des Bundesraths v. 23. Januar 1902 (RGBl. S. 37), betr. den Umlauf von Scheidemünzen; Bekanntm. v. 16. Oktober 1902 (RGBl. S. 267), betr. Außerkurssetzung der Zwanzigpfennigstücke aus Nickel; Bekanntm. v. 3. Oktober 1901 (RGBl. S. 486), betr. die Außerkurssetzung der Zwanzigpfennigstücke aus Silber.
S. 35 **unter** 25. Vgl. Bekanntm. v. 5. Juni 1902 (RGBl. S. 225, 226), betr. die Noten der Bank für Süddeutschland in Darmstadt.
S. 54 **unter** 46 **Abs.** 2. Vgl. RG. 34 S. 223, 225; 35 S. 64, 69.
S. 59 **unter** 50. Vgl. RG. 54 S. 137.
S. 60 **Abs.** 2. Vgl. RG. 49 S. 64 (Zinsen).
S. 61 **unter** 51. Vgl. RG. 53 S. 75, 394; 54 S. 13, 407.
S. 67 **unter** 54. Vgl. RG. 49 S. 189 (gem. R.).
S. 77 **unter** 65. Vgl. RG. 53 S. 80.
S. 79 **unter** 68. Vgl. WO. Art. 48, 62, 63.
S. 85 **unter** 73. Vgl. RG. 49 S. 72.
S. 90 **unter** 76. Vgl. RG. 49 S. 82.
S. 91 **unter** 77. Vgl. noch RG. 51 S. 83, 86, 87.
S. 104 **unter** 91. Vgl. noch RG. 51 S. 20; 50 S. 281.
S. 106 **unter** 93. Vgl. RG. 48 S. 59; 49 S. 26 (Rechtsanwalt und Notar Bureauvorsteher).
S. 111 **Abs.** 2. Vgl. noch OHG. 10 S. 293 (Hinderung durch Krieg).
S. 113 **unter** 99. Vgl. dazu S. 262 unter d und RG. 50 S. 255; 37 S. 336; 21 S. 178.
S. 115 **unter** 101. Vgl. RG. 54 S. 28, 31, 32.
S. 118 **unter** XI. Vgl. RG. 51 S. 218 (örtl. R.).
S. 119 **unter** 108. Vgl. RG. 50 S. 255, 258ff. zu § 320.
S. 121 **unter** 112. Vgl. Bolze 4 Nr. 597; 13 Nr. 338; 20 Nr. 369.
S. 122 **unter** 114. Vgl. RG. 49 S. 201.
S. 138 **unter** 5. Vgl. RG. 50 S. 208.
S. 143 **unter** 12 lies: l. 18 § 1 D. 26, 7 statt l. 28. Vgl. RG. 49 S. 201.

S. 149 **Eingang.** Vgl. noch Arch. f. bürg. R. Bd. 20 S. 137. „Das Ermessen im BGB."
S. 152 **unter** 5. Vgl. RG. 51 S. 92.
S. 160 **unter** V. Vgl. RG. 54 S. 75, 108, 109.
S. 161 **unter** 14. Vgl. RG. 52 S. 180; 52 S. 273.
S. 162 **unter** 15 **Abs.** 2. Vgl. RG. 52 S. 1; 53 S. 257.
S. 175 **unter** II 4. Vgl. RG. 51 S. 367.
S. 175 **unter** 5. Vgl. RG. 54 S. 356.
S. 176 **unter** 5. Vgl. RG. 51 S. 170.
S. 190 **unter** 23. Vgl. RG. 54 S. 137.
S. 198, 199 **unter** 30. Abweichend RG. 51 S. 347; 52 S. 154; 53 S. 11: Die Fristsetzung wird entbehrlich durch ernstliche Weigerung der Lieferung.
S. 198 **unter** 30. RG. 54 S. 98, 286 (Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung).
S. 207 **Eingang.** Vgl. Kohler im Arch. f. bürg. R. Bd. 21 S. 259.
S. 220 **Abs.** 3. Vgl. RG. 51 S. 403.
S. 239 **Abs.** 3. Vgl. RG. 53 S. 356, 358.
S. 243 **unter** 18 b. Vgl. RG. 53 S. 420.
S. 251 **Abs.** 2, 3. Vgl. RG. 54 S. 219, 224.
S. 254 **Abs.** 2. Vgl. RG. 54 S. 241.
S. 257 **Abs.** 4. Vgl. RG. 51 S. 347.
S. 305 **Abs.** 2. Vgl. RG. 53 S. 204.
S. 307 **Abs.** 1. Vgl. RG. 53 S. 204.
S. 311 **Abs.** 2. Vgl. RG. 51 S. 219.
S. 320 **unter** II. Vgl. noch Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 53 S. 79 ff.
S. 332 **Abs.** 3. Vgl. RG. 54 S. 389.
S. 337 **Abs.** 1. Vgl. StrA. 87 S. 262, RE. 3 Nr. 265 Erl. e, BGB. § 1280.

Dem Verzeichniß der **Abkürzungen**, Bd. 1 S. XX, sind hinzuzufügen:
Crome, System = Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.
D. BR. = Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens.

2. Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

1. Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

1. Titel. Verpflichtung zur Leistung.

§ 241. Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.[1—12])

§ 242. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.[8])

§ 243. Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.

Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche gethan, so beschränkt sich das Schuldverhältniß auf diese Sache.[13—19])

§ 244. Ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inlande zu zahlen, so kann die Zahlung in Reichswährung erfolgen, es sei denn, daß Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist.

Die Umrechnung erfolgt nach dem Kurswerthe, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend ist.[20—26])

§ 245. Ist eine Geldschuld in einer bestimmten Münzsorte zu zahlen, die sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlaufe befindet, so ist die Zahlung so zu leisten, wie wenn die Münzsorte nicht bestimmt wäre.[20])

§ 246. Ist eine Schuld nach Gesetz oder Rechtsgeschäft zu verzinsen, so sind vier vom Hundert für das Jahr zu entrichten, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist.[27—37])

§ 247. Ist ein höherer Zinssatz als sechs vom Hundert für das Jahr vereinbart, so kann der Schuldner nach dem Ablaufe von sechs

Monaten das Kapital unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen. Das Kündigungsrecht kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Diese Vorschriften gelten nicht für Schuldverschreibungen auf den Inhaber.[33])

§ 248. Eine im voraus getroffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, ist nichtig.

Sparkassen, Kreditanstalten und Inhaber von Bankgeschäften können im voraus vereinbaren, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlagen gelten sollen. Kreditanstalten, die berechtigt sind, für den Betrag der von ihnen gewährten Darlehen verzinsliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben, können sich bei solchen Darlehen die Verzinsung rückständiger Zinsen im voraus versprechen lassen.[34, 35])

§ 249. Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.[38—52])

§ 250. Der Gläubiger kann dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Herstellung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger den Ersatz in Geld verlangen, wenn nicht die Herstellung rechtzeitig erfolgt; der Anspruch auf die Herstellung ist ausgeschlossen.[49])

§ 251. Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen.

Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnißmäßigen Aufwendungen möglich ist.[48])

§ 252. Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.[42])

§ 253. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.[42, 44, 45])

§ 254. Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere

davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Theile verursacht worden ist.

Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.[51])

§ 255. Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigenthums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen.[52])

§ 256. Wer zum Ersatze von Aufwendungen verpflichtet ist, hat den aufgewendeten Betrag oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind, den als Ersatz ihres Werthes zu zahlenden Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen. Sind Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht worden, der dem Ersatzpflichtigen herauszugeben ist, so sind Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen oder die Früchte des Gegenstandes ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten.[53—56])

§ 257. Wer berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen zu verlangen, die er für einen bestimmten Zweck macht, kann, wenn er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingeht, Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so kann ihm der Ersatzpflichtige, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.[54, 55])

§ 258. Wer berechtigt ist, von einer Sache, die er einem Anderen herauszugeben hat, eine Einrichtung wegzunehmen, hat im Falle der Wegnahme die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen. Erlangt der Andere den Besitz der Sache, so ist er verpflichtet, die Wegnahme der Einrichtung zu gestatten; er kann die Gestattung verweigern, bis ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit geleistet wird.[57])

§ 259. Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen, hat dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitzutheilen und, soweit Belege ertheilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen.

Besteht Grund zu der Annahme, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten:

> daß er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei.

In Angelegenheiten von geringer Bedeutung besteht eine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids nicht.[58])

§ 260. Wer verpflichtet ist, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu ertheilen, hat dem Berechtigten ein Verzeichniß des Bestandes vorzulegen.

Besteht Grund zu der Annahme, daß das Verzeichniß nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei.

Die Vorschrift des § 259 Abs. 3 findet Anwendung.[59])

§ 261. Der Offenbarungseid ist, sofern er nicht vor dem Prozeßgerichte zu leisten ist, vor dem Amtsgerichte des Ortes zu leisten, an welchem die Verpflichtung zur Rechnungslegung oder zur Vorlegung des Verzeichnisses zu erfüllen ist. Hat der Verpflichtete seinen Wohnsitz oder seinen Aufenthalt im Inlande, so kann er den Eid vor dem Amtsgerichte des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsorts leisten.

Das Gericht kann eine den Umständen entsprechende Aenderung der Eidesnorm beschließen.

Die Kosten der Abnahme des Eides hat derjenige zu tragen, welcher die Leistung des Eides verlangt.[58, 59])

§ 262. Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu.[60—66])

§ 263. Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile.

Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete.[62])

§ 264. Nimmt der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung vor, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder auf die andere Leistung richten; der Schuldner kann sich jedoch, solange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder zum Theil empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien.

Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt.[65, 66])

§ 265. Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältniß auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Theil zu vertreten hat.[63, 64])

§ 266. Der Schuldner ist zu Theilleistungen nicht berechtigt.[67])

§ 267. Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich.

Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht.[68])

§ 268. Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand, so ist Jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Das gleiche Recht steht dem Besitzer einer Sache zu, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren.

Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über. Der Uebergang kann nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden.[69, 70])

§ 269. Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.

Ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden, so tritt, wenn der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hatte, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

Aus dem Umstand allein, daß der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, ist nicht zu entnehmen, daß der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll.[71—73])

§ 270. Geld hat der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln.

Ist die Forderung im Gewerbebetriebe des Gläubigers entstanden, so tritt, wenn der Gläubiger seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hat, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

Erhöhen sich in Folge einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Aenderung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers die Kosten oder die Gefahr der Uebermittelung, so hat der Gläubiger im ersteren Falle die Mehrkosten, im letzteren Falle die Gefahr zu tragen.

Die Vorschriften über den Leistungsort bleiben unberührt.[73])

§ 271. Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.

Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der

Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann.[74, 75])

§ 272. Bezahlt der Schuldner eine unverzinsliche Schuld vor der Fälligkeit, so ist er zu einem Abzuge wegen der Zwischenzinsen nicht berechtigt.[81])

§ 273. Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältniß, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergiebt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht).

Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.[76—84])

§ 274. Gegenüber der Klage des Gläubigers hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurtheilen ist.

Auf Grund einer solchen Verurtheilung kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme ist.[82])

§ 275. Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung in Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.[85, 96—105])

§ 276. Der Schuldner hat, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Die Vorschriften der §§ 827, 828 finden Anwendung.

Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.[85—90])

§ 277. Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit.[89])

§ 278. Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Ver-

bindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 findet keine Anwendung.[90—95])

§ 279. Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.[96])

§ 280. Soweit die Leistung in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen.

Im Falle theilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Theiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die theilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung.[100—102])

§ 281. Erlangt der Schuldner in Folge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem im Abs. 1 bestimmten Rechte Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Werth des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.[100, 104])

§ 282. Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner.[100])

§ 283. Ist der Schuldner rechtskräftig verurtheilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Die Verpflichtung zum Schadensersatze tritt nicht ein, wenn die Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.

Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist nur theilweise nicht bewirkt, so steht dem Gläubiger auch das im § 280 Abs. 2 bestimmte Recht zu.[105, 116])

§ 284. Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich.

Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet. Das Gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt.[106—122])

§ 285. Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung in Folge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.[112, 113])

§ 286. Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen.

Hat die Leistung in Folge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung.[115—117])

§ 287. Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde.[119, 120])

§ 288. Eine Geldschuld ist während des Verzugs mit vier vom Hundert für das Jahr zu verzinsen. Kann der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinsen verlangen, so sind diese fortzuentrichten.

Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.[118])

§ 289. Von Zinsen sind Verzugszinsen nicht zu entrichten. Das Recht des Gläubigers auf Ersatz des durch den Verzug entstehenden Schadens bleibt unberührt.[118])

§ 290. Ist der Schuldner zum Ersatze des Werthes eines Gegenstandes verpflichtet, der während des Verzugs untergegangen ist oder aus einem während des Verzugs eingetretenen Grunde nicht herausgegeben werden kann, so kann der Gläubiger Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Werthes zu Grunde gelegt wird. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner zum Ersatze der Minderung des Werthes eines während des Verzugs verschlechterten Gegenstandes verpflichtet ist.[121])

§ 291. Eine Geldschuld hat der Schuldner von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an zu verzinsen, auch wenn er nicht im Verzug ist; wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu verzinsen. Die Vorschriften des § 288 Abs. 1 und des § 289 Satz 1 finden entsprechende Anwendung.[123—127])

§ 292. Hat der Schuldner einen bestimmten Gegenstand heraus-

zugeben, so bestimmt sich von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, welche für das Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs an gelten, soweit nicht aus dem Schuldverhältniß oder dem Verzuge des Schuldners sich zu Gunsten des Gläubigers ein Anderes ergiebt.

Das Gleiche gilt von dem Anspruche des Gläubigers auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruche des Schuldners auf Ersatz von Verwendungen.[125])

I. Schuldverhältniß. §§ 241, 242; E. I §§ 206, 224, 359; II §§ 205, 206; III §§ 235, 236. ALR. I 2 §§ 122—124. SBGB. §§ 622, 858. C. c. art. 1134, 1135. — M. 2 §§ 250, 251. D. BR. 2 §§ 1 ff., 6 ff.; §§ 10, 84. Endemann 1 §§ 95 ff, 99, 100, 101. Cosack 1 § 80, § 84 V 1.

1. Ueber die Systematik des Buchs über das Recht der Schuldverhältnisse s. die Einl. Bd. 1 S. XI ff. Der erste Titel des ersten Abschnitts, §§ 241—292, hat unter den ersten sechs Abschnitten, die den allgemeinen Theil des Rechts der Schuldverhältnisse enthalten, die Natur eines allgemeinen Titels de regulis juris für das R. der Schuldverhältnisse.

Schuldverhältniß ist nach § 241 begrifflich die römisch-rechtliche Obligation; der § 241 definirt das Schuldverhältniß, indem er den allgemeinen Inhalt von Recht und Pflicht angiebt. Schuldverhältniß ist das auf Rechtsgeschäft (Vertrag, § 305, einseitigem Versprechen, letztwilliger Verfügung), unerlaubter Handlung, §§ 823 ff., oder juristischen Thatsachen anderer Art (neg. g., Bereicherung) beruhende Rechtsverhältniß (juris vinculum) zwischen Person und Person, kraft dessen die eine, der Gläubiger, berechtigt, von der andern eine Leistung, positive oder negative, ein dare, facere, praestare, zu fordern, die andere, der Schuldner, verpflichtet ist, zu leisten oder beide gegenseitig so berechtigt und verpflichtet sind. Dem persönlichen Anspruch, § 194 Abs. 1, steht die persönliche Verpflichtung gegenüber. Der Inhalt der Leistung, der entferntere Gegenstand des Schuldverhältnisses, wo er von der Leistung zu trennen, die körperliche Sache, das Recht, die gegeben, gewährt, verschafft werden sollen, ist nicht unmittelbarer Inhalt des Schuldverhältnisses, nur die Leistung desselben; Anspruch und Verpflichtung beziehen sich nicht auf diesen Gegenstand unmittelbar, berühren ihn nicht.

Diesen Standpunkt hat das Bürgerliche Gesetzbuch — abweichend vom ALR. I 2 § 124; 19 §§ 2, 6, 33; 20 § 17 — rein durchgeführt; es kennt kein persönliches „Recht zur Sache" mit relativ dinglicher Wirkung gegen einen Dritten; das Schuldverhältniß wirkt immer nur zwischen Person und Person. Scharf trennt das BGB. von dem Schuldverhältniß das Eigenthum und die sonstigen dinglichen Rechte an Sachen und Rechten, die den Gegenstand selbst unmittelbar ergreifen, eine Macht gegen Jeden, aber kein Gläubigerrecht begründen. Ansprüche im Sinne des § 194 Abs. 1 erwachsen auch aus diesen dinglichen und den sonstigen absoluten Rechten, §§ 985 ff., 1004, 1065, 1227, 1090, ebenso wie aus Störung des Besitzes, §§ 861 ff., aber es sind nicht Ansprüche aus Schuldverhältniß im Sinne des BGB. Der gutgläubige oder bösgläubige Besitzer fremder Sache steht in diesem Sinne nicht in einem Schuldverhältnisse zum Eigenthümer, der dingliche Anspruch beruht auf dem dinglichen Recht und geht gegen den Besitzer als solchen ohne Rücksicht darauf, wie dieser Besitz entstanden ist; er fordert keine besondere Begründung durch ein Schuldverhältniß, weil er durch das dingliche Recht von selbst und an sich besteht. Daran wird dadurch nichts geändert, daß das BGB. die Wirkung des Prozeßbeginns (der Rechtshängigkeit) bei dinglichen und obligatorischen Einsprüchen auf Herausgabe einer Sache grundsätzlich gleichmäßig regelt, §§ 292, 987, 998 Abs. 1, §§ 1017, 1065, 1227, und nach § 990 Abs. 2 die Grundsätze vom Verzuge in Schuldverhältnissen auf die Eigenthumsklage und bei ihr gleichgestellten dinglichen Ansprüchen auf Herausgabe einer Sache anwendet. Schuldner im Sinne § 241 ist der Besitzer dann, wenn er die Sache durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung erlangt hat oder rechtswidrig beschädigt, §§ 823, 848, 849, 988, 992, 993. Diese besonderen Thatsachen begründen dann ein Schuldverhältniß auf Schadensersatz neben dem dinglichen Anspruch, §§ 1004, 1027, 1090 Abs. 2, 861 ff., auf das die allgemeinen Grundsätze der §§ 241 ff. Anwendung finden.

Eigenthümlich stellt sich das Verhältniß bei dem dinglichen Vorkaufsrecht, der

Hypothek, der Grundschuld, Rentenschuld, den Reallasten. Unbedenklich ist das Verhältniß zwischen den ersten Konstituenten ein Schuldverhältniß, ebenso wie beim Faustpfand das zwischen Gläubiger und Verpfänder, auf das alle allgemeinen Grundsätze der §§ 241 ff. Anwendung finden. Der Inhalt des Rechtsverhältnisses ist ein Leisten im Sinne des § 241, auch wo die Verpflichtung sich auf Leisten aus dem Grundstück beschränkt. Denn wie nach dem früheren, so steht auch nach dem Recht des BGB. die Natur des Schuldverhältnisses nichts entgegen, die Haftung aus dem Schuldverhältniß, die an sich das ganze Vermögen des Schuldners umfaßt, durch Vertrag auf einzelne Theile zu beschränken, sowie das Gesetz selbst in einer Reihe von Rechtsverhältnissen die Haftung des Schuldners sachlich beschränkt (Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft, Genossenschaft, Gesellschaft m. b. H., Vermögensübernahme, §§ 719, 1480, 1990. CPO. § 786. HGB. § 486 u. a.). RG. 12 S. 229 (Vertrag eines Ausstellungskomitees mit einem Lieferanten von Gegenständen für die Ausstellung mit Beschränkung der Haftung auf den zusammengebrachten Fonds); 39 S. 25 (Vertrag mit den Vertretern einer nicht eingetragenen Genossenschaft mit Beschränkung der Haftung wie bei eingetr. Genossenschaft). Bei der Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Reallast ist das Rechtsverhältniß von vornherein darauf angelegt, daß bei Aenderung des Eigenthumsverhältnisses an dem verhafteten Grundstück der neue Eigenthümer in das Rechtsverhältniß eintritt, ähnlich wie nach dem Gesetz bei Miethe und Pacht der Käufer des vermietheten, verpachteten Grundstücks in das Mieths-, Pachtverhältniß eintritt. § 571 (581). Nach §§ 1146, 1192 Abs. 1, 1199 finden die Grundsätze vom Verzuge auf den Eigenthümer Anwendung, auch wenn er nicht persönlicher Schuldner, und bei der Reallast haftet der Eigenthümer grundsätzlich persönlich für die fällig werdenden Leistungen.

Verlöbniß, Ehe, Familienverhältniß sind keine Schuldverhältnisse, weil nach Sitte und Recht ihr Inhalt an Recht und Pflicht an erster Stelle nicht als Forderung und Schuld gilt, sondern auf sittlicher Pflicht beruht. Aber durch Hinzutritt besonderer Umstände, z. B. durch den Rücktritt beim Verlöbniß, §§ 1298, 1299, 1300, können echte Schuldverhältnisse im Sinne des BGB. entstehen, in denen die Betheiligten Gläubiger und Schuldner sind. §§ 1361, 1377 Abs. 3 Satz 2, 1384, 1385 ff., 1390, 1391, 1429, 1578 ff., 1585 u. a. Echtes Schuldverhältniß entsteht aus der Verwandtschaft mit dem Eintritt der Unterhaltspflicht. §§ 1601 ff., 1613, 1708 ff. Echtes Schuldverhältniß entsteht zwischen Vormund und Mündel aus der Vermögensverwaltung. §§ 1802 ff., 1833, 1890.

Auf dem Gebiete des Erbrechts ist der Erbschaftsanspruch als Anspruch aus dinglichem Recht (dem Erbrecht) im Wesentlichen wie der Eigenthumsanspruch behandelt. §§ 2018 ff., 2022, 2024 Satz 3 (Verzug). Obligatorische Schuldverhältnisse entstehen auch hier durch Hinzutritt besonderer Umstände, Verwendung, Bereicherung, unerlaubte Handlung, wie bei dem Eigenthumsanspruch. §§ 2022, 2025, 2027 Abs. 1. Ein rein obligatorisches Schuldverhältniß begründet Vermächtniß, Auflage, der Pflichttheilsanspruch. §§ 1967 Abs. 2, 2174, 2192 ff., 2303 ff., 2317.

2. Das BGB. sagt nichts darüber, welcher Beschaffenheit das Leisten, Thun, Unterlassen sein muß oder darf, das den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildet, während SBGB. § 662 bei der Definition der Forderung ausdrücklich bestimmt, daß die Leistung, Handlung, Unterlassung einen Vermögenswerth in sich schließen muß. Dernburg BR. 2 § 84. Anhalt für den Standpunkt des BGB. geben negativ die

§§ 134 ff. über die verbotenen Rechtsgeschäfte und die verstreuten zahlreichen Vorschriften über Einschränkung der Vertragsfreiheit, §§ 225, 247, 248, 276 Abs. 2, 306 ff., 344, 419, 619, 656 u. a., positiv die Vorschrift in § 343 Abs. 1, daß bei Beurtheilung der Angemessenheit der verwirkten Vertragsstrafe jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen ist. Zugleich erklärt § 1297 Abs. 2 aber für nichtig das Versprechen einer Strafe für den Fall der Nichteingehung der Ehe. Die §§ 328 ff. über Versprechen der Leistung an einen Dritten beseitigen die Regel des Röm. R., daß ein Vertrag keine Forderung begründet, wenn die Kontrahenten an der Leistung kein Interesse haben.

Nach § 253 kann wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden, eine Entschädigung grundsätzlich nicht gefordert werden, aber daraus, daß im Falle der Nichterfüllung Schadensersatz in Geld nicht verlangt werden kann, folgt nicht, daß über solche Entschädigung nicht paktirt werden kann, und noch weniger, daß ein Leisten und Unterlassen nicht zum Gegenstand eines Schuldverhältnisses gemacht werden kann, weil es dafür im Verkehr kein Geldäquivalent giebt, das Gläubigerrecht das Vermögen des Gläubigers nicht berührt. Damit ist nicht gesagt, daß für den Inhalt der Schuldverhältnisse keine andere Grenze besteht, als das BGB. oder die öffentliche Ordnung ihm ausdrücklich zieht. §§ 134 ff. u. a. Vgl. Bd. 1 S. 164 ff. Schuldverhältniß ist auch nach BGB. ein durch die Rechtsordnung bestimmtes Verhältniß, dem der Schutz durch die Rechtshülfe, ausnahmsweise durch Selbsthülfe, §§ 227 ff., gewährt wird. Daraus ergiebt sich der jedem Rechtssystem von selbst innewohnende Satz, daß was nicht Gegenstand der Rechtsordnung ist, auch nicht Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein und Rechtshülfe fordern kann.

In der geschichtlichen Rechtsentwicklung hat die Anschauung darüber, was rechtlich zu ordnen, gewechselt. Das BGB. hat in § 1588 die kirchlichen (religiösen) Verpflichtungen sichtlich ausgeschieden; sie können wie auch nach den Landesgesetzen nicht zum Gegenstand eines Schuldverhältnisses gemacht werden. Dagegen läßt das BGB. Schuldverhältnisse entstehen nicht bloß aus Verletzung von Vermögen, sondern auch von Leben, Gesundheit, Freiheit, anderen Rechten (Namensrecht). Der siebente Abschnitt des Buchs über das Recht der Schuldverhältnisse ordnet einzelne Schuldverhältnisse, die im Verkehr hauptsächlich vorkommen, aber schließt andere Schuldverhältnisse nicht aus. Grunddienstbarkeiten sollen nur dem Grundstück dienen, § 1019, aber persönliche Dienstbarkeiten können für ein persönliches Bedürfniß bestellt werden, das nicht auf dem Gebiete des Vermögensrechts liegt (Bequemlichkeit, Gefallen an schöner Aussicht u. a.), § 1090. Kann die Benutzung eines Parkes zum Spaziergang zum Gegenstand einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemacht werden, vgl. RG. 14 S. 14, Bd. 1 S. 5 d. Komm., so muß sie auch zum Gegenstand eines Schuldverhältnisses gemacht werden können, und es ist nicht abzusehen, weshalb nicht z. B. durch Vertrag Recht und Pflicht zwischen zwei bestimmten Personen dahin begründet werden kann, daß in einer Wohnung nicht musizirt, oder ein bestimmtes unbequemes, unleidliches, störendes Gewerbe nicht betrieben, oder daß ein bestimmter schöner Baum nicht weggenommen oder eine Aussicht nicht verbaut wird, an der der Berechtigte Gefallen hat, oder daß ein Denkstein nicht fortgenommen wird, den der Berechtigte aus Pietät erhalten sehen möchte. In RG. 12 S. 280 ist für das ALR. ein Privatrecht auf Benutzung eines Kirchhofes zur Beerdigung der Leiche eines Familienangehörigen

anerkannt, obwohl von einem Vermögensinteresse dabei nicht die Rede war, wenn auch unter Umständen sein konnte. Der Hinweis in § 242 auf die Verkehrssitte läßt erkennen, daß zum Inhalt des Schuldverhältnisses im Sinne des BGB. alles Thun und Unterlassen gemacht werden kann, was nach der Verkehrsanschauung Recht und Pflicht sein kann. Auch nach BGB. fallen Freundschafts-, Liebespflichten aus dem Rahmen der Schuldverhältnisse ebenso heraus, wie die gesellschaftlichen, sittlichen und Anstandspflichten. Die sittlichen und die Anstandspflichten werden vom BGB. nicht unbeachtet gelassen; ihre Erfüllung schließt den Begriff der Bereicherung aus, § 814. Schenkung in Erfüllung solcher Pflichten kann nicht widerrufen werden, § 534, und in den §§ 1446, 1641, 1804, 2113, 2205, 2330 kann Vater, Ehegatte, Vormund u. a. zur Erfüllung solcher Pflicht schenken, während er sonst nicht schenken kann. Aber zum unmittelbaren Gegenstand von Schuldverhältnissen können sie nicht gemacht werden, insofern es gegen die guten Sitten verstößt, sich rechtlich zu binden, wo man nur sittlich oder durch das eigene Gefühl des Anstandes gebunden sein soll. Vgl. zu § 138. Das Vermächtniß muß einen Vermögensvortheil enthalten, § 1939, aber die Auflage fordert nicht, daß sie einem Dritten Vermögensvortheil bringt, wenn sie auch voraussetzt, daß der Beschwerte sie durch Geld oder geldwerthe Leistungen erfüllen kann, §§ 1940, 1967, 2187, 2192 ff., 1992; § 526, — woraus folgt, daß auch durch die Auflage ein Schuldverhältniß auf ein Leisten (Unterlassen) nicht begründet werden kann, das außerhalb der Rechtsordnung liegt.

3. § 242. Stammler, Das R. der Schuldverhältnisse S. 36 ff. Was der Gläubiger zu fordern, der Schuldner zu leisten hat, bestimmt Gesetz und Rechtsgeschäft. Für die Ermittelung des Inhalts des Rechtsgeschäfts giebt das BGB. in § 133 und § 157 Vorschriften, verweist in § 157, namentlich für die Auslegung auf Treu und Glauben im Verkehr. HGB. § 346. Für die Frage, wie das Geschuldete zu leisten, stellt der § 242 einen allgemeinen Grundsatz für alle Schuld auf. Jedem Schuldverhältniß wohnt nach § 242 der Grundsatz inne, daß so zu erfüllen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, d. h. daß der Gläubiger so zu fordern, der Schuldner so zu leisten hat. Der Grundsatz gilt für beide Theile. Für das BGB. ist damit nicht bloß der Gegensatz zwischen judicium stricti juris und bonae fidei definitiv beseitigt; der Grundsatz des § 242 reicht weiter; er kann als die gesetzliche Grundlage der gemeinrechtlichen, auch im Preuß. R. anerkannten exceptio doli generalis gelten, hat aber noch eine andere Bedeutung als diese, insofern er nicht nur eine Einwendung begründet, sondern einen positiven der Disposition der Parteien entzogenen Rechtssatz für die Beurtheilung aller Schuldverhältnisse aufstellt. Das Prinzip ist nicht neu. SBGB. § 858. C. c. art. 1134, 1135. Suarez hat schon darauf hingewiesen, daß das starre Prinzip der Unverbrüchlichkeit der Verträge einer Korrektur bedürfe, damit nicht summum jus summa injuria werde. Auf diesem Gedanken beruht auch der § 242; er wendet sich auch gegen die starre Anwendung der Rechtssätze, wo sie zu Mißbrauch führt. Nicht um Verwirklichung des sozialen Ideals handelt es sich dabei; dahin gehören vielleicht die ganz positiven Vorschriften in den §§ 343, 655, 544, 1716. Vielmehr handelt es sich um die Achtung der ethischen Seite des Rechts, die verlangt, daß nicht als Recht durchgesetzt wird, was nach Treu und Glauben im Verkehr, d. h. nach dem, worauf sich ehrliche und anständige Leute im Verkehr verlassen können, nicht gutes Recht ist. Liegt die Sache so, so findet § 242 selbst gegen rechtskräftiges Urtheil Anwendung. RG. 39 S. 143, Bolze 20 Nr. 330 (dolos erlangtes Urtheil).

Ausflüsse dieses Gedankens und des Prinzips des § 242 sind in den §§ 162 Abs. 1 und 2, 320 Abs. 2, 815 zu finden. Eintritt und Ausfall der Bedingung führen, nach Gesetz und Vertrag, Erwerb und Verlust von Rechten herbei, aber diese Wirkung soll zum Nachtheil dessen cessiren, der Eintritt oder Ausfall wider Treu und Glauben herbeigeführt hat. Vergl. Bd. 1 S. 239. In gegenseitigen Schuldverhältnissen hat grundsätzlich jeder Theil nur zu leisten gegen das, was er zu fordern hat, und zwar nach § 267 gegen die ganze Leistung. Aber nach § 320 Abs. 2 cessirt dieser Rechtssatz und die Gegenleistung kann nicht verweigert werden, wenn die Verweigerung nach den Umständen, insbesondre wegen verhältnißmäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Theils gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Die Einrede des nichterfüllten Vertrags versagt, und es wird entweder die ganze Gegenleistung oder doch ein Theil derselben geschuldet.

Nach § 815 ist die condictio causa data non secuta ausgeschlossen, wenn der Kondicent den Eintritt der causa wider Treu und Glauben verhindert hat. Grundsätzlich hat der Besteller ein fehlerloses Werk zu fordern, aber § 634 Abs. 3 schließt die Wandlung aus, wenn der Fehler Werth oder Tauglichkeit nur unerheblich mindert. An sich hat der Werkmeister jeden Fehler zu beseitigen, aber nach § 633 Abs. 2 cessirt dies, wenn dazu unverhältnißmäßiger Aufwand erforderlich. An sich beginnt die Verjährung des Anspruchs auf Mangelbeseitigung, Wandlung, Minderung, Schadensersatz mit der Abnahme des Werks, aber nach § 639 Abs. 2 wird die Verjährung gehemmt, so lange Werkmeister und Besteller darüber einverstanden, daß der Mangel geprüft oder beseitigt werden soll. Zu diesen ausdrücklichen Sätzen hätte die Rechtsprechung aus § 242 gelangen können und müssen. Schon vor dem BGB. ist angenommen, daß auf die Verjährung der sich nicht berufen kann, der die Versäumniß arglistig oder rechtswidrig durch sein Verhalten herbeigeführt hat, und daß überhaupt Niemand Vortheile aus einem von ihm selbst für einen Anderen herbeigeführten Rechtsverlust ziehen darf. RG. 32 S. 141 (Herbeiführung der Verjährung), 41 S. 56 (durch den Vorstand verschuldete Nichteintragung des ausgeschiedenen Genossen erhält das Recht der Genossenschaft gegen den Genossen nicht).

Auch nach BGB. kann der Verkäufer, der Zahlung in Theilraten und Verfall des Ganzen bei nicht pünktlicher Zahlung am 1. des Monats, oder der Vermiether, der sich die Exmission für nicht pünktliche Zahlung der Miethe stipulirt hat, den Verfall nicht geltend machen und die Exmission nicht verlangen, wenn er dem anderen Theil erklärt hat, es komme ihm auf ein paar Tage später nicht an. StrA. 61 S. 325, 93 S. 41, 99 S. 46. ObTr. 73 S. 75. Vergl. ähnliche Fälle in RE. 1 Nr. 64. ObTr. 45 S. 47, 69 S. 95. StrA. 16 S. 158, 17 S. 314, 23 S. 193, 28 S. 10. Der Käufer, der 20000 Ctr. zu fordern, 12500 erhalten und mit der Erklärung angenommen hat, auf den Rest komme es ihm nicht an, kann auch nach BGB. Schadensersatz nicht fordern, ebensowenig der Pächter, der dem Verpächter erklärt hat, er könne die Pacht nicht übernehmen, wenn der Verpächter darauf anderwärts verpachtet hat. ObTr. 40 S. 26. Auch nach BGB. kann der Verkäufer Zahlung des Gelieferten fordern, wenn an dem vertragsmäßigen Quantum ein Weniges fehlt, oder das vertragsmäßige Quantum um ein Weniges überschritten, ohne daß der Käufer dadurch benachtheiligt ist. OHG. 18 S. 242. Auch nach BGB. handelt der Vermiether gegen § 242, wenn er, nachdem er Jahre lang den Miethszins in

Papiergeld angenommen, Exmission verlangt, weil der Miether am letzten Tage der Frist den Miethszins in Papiergeld angeboten und er diese Zahlung mit Recht abgelehnt habe, da er Gold oder Silber zu fordern habe. ObTr. 70 S. 338. Nach § 242 kann es nicht vorkommen, daß der Pächter exmittirt wird, weil am Pachtzins 1 Pfennig oder 1 Groschen oder sonst ein verhältnißmäßig kleiner Betrag fehlt, oder von dem neben dem baaren Pachtzins zu liefernden Schock Eier ein Ei. Auch nach BGB. kann sich der Schuldner, der an den Bevollmächtigten gezahlt hat, auf den Inhalt der schriftlichen Vollmacht nicht berufen, wenn ihm der abweichende Wille des Machtgebers bekannt oder er erkennen konnte, daß die Vollmacht mißbraucht werde, RG. 15 S. 206, BGB. § 370, l. 17 § 4 D. 14, 3, und ebenso kann andrerseits auch der Vorstand einer Genossenschaft sich nicht auf das Statut berufen, wenn er gegen dasselbe Jahre lang geduldet hat, daß der Kassirer allein (statt im Verein mit einem zweiten Vorstandsmitglied) die Spareinlagen in Empfang nahm und ohne Unterschrift im Sparkassenbuch eintrug. Bolze 7 Nr. 232. Andere Beispiele in RG. 32 S. 342, 43 S. 349, 33 S. 58 und RE. 2 Nr. 254a Erk. a (StrA. 17 S. 13), wo dem Auftraggeber gegen die Vindikation des Beauftragten, der die Sache im eigenen Namen, aber im Auftrage des Beklagten gekauft hat, die exc. doli ebenso gegeben, wie das RR. diese exc. dem Käufer gegen den vindicirenden Verkäufer gab, sobald er sine vitio in den Besitz der Kaufsache gelangt war. BGB. § 986.

Von Bedeutung ist der § 242 auch für die Frage des Verzuges, §§ 284 ff., 293 ff., des Orts und der Zeit der Leistung, §§ 269, 270, 271; ferner für die Frage, welche Dienste als versprochene im § 611 und in den Dienstverhältnissen des HGB. zu verlangen und zu leisten sind. Nach § 242 ist auch die Frage zu entscheiden, ob der Vermiether die Exmission des Miethers durchsetzen kann, wenn dieser oder ein Familienmitglied schwer erkrankt und ohne Gefahr nicht transportfähig, und wie sich in solchem Falle das Verhältniß des neuen Miethers, der nicht rechtzeitig einziehen kann, zu dem Vermiether gestaltet.

Auf dem Prinzip des § 242 beruhen die Vorschriften des BGB., die „das Ermessen“ im Zweifel als das „billige“ Ermessen interpretirt wissen wollen, §§ 315 ff., 660, 745, 829, 920, 971, 1246, 1361, 2156; bei Anwendung dieser Vorschriften wird immer auf den § 242 zurückzugehen sein.

Immer ist aber festzuhalten, daß der § 242 nie dahin führen kann, die Berufung auf solche Vorschriften des Gesetzes abzuschneiden, die, wie die Formvorschriften, die Entstehung der Schuldverhältnisse betreffen. Niemals handelt der gegen § 242, der geltend macht, daß er rechtlich nicht verpflichtet, weil er sich nicht in den Formen des Gesetzes verpflichtet, oder weil das Gesetz eine Verpflichtung aus anderem Grunde nicht entstehen lassen will. Niemals verstößt die Einrede des Spiels, des reinen Differenzgeschäfts, des unwirksamen Börsentermingeschäfts gegen § 242. Vgl. OHG. 1 S. 74 (mangelnde Form der exprom.). In RG. 33 S. 58 ist es nur für arglistig erklärt, wenn der, der die Klage auf den Debetsaldo eines Kontokorrentverkehrs mit der Einrede des reinen Differenzgeschäfts abgewehrt hat, den Gewinn aus einem der Geschäfte des Kontokorrents einklagt, weil der Gegner im Vorprozeß behauptet habe, die Geschäfte seien sämmtlich Effektivgeschäfte. Scharf auf der Grenze lag der Fall RG. 32 S. 342, wo die Versicherungspolice bestimmte, daß die Versicherungssumme erst einen Monat, nach rechtskräftiger Feststellung der ganzen Entschädigung, zu zahlen sei. Die Ver-

sicherungsgesellschaft erkannte im Laufe des Prozesses etwa 80000 M. von den geforderten etwa 130000 M. an und der Richter erließ agnitoria auf Zahlung der 80000 M., obwohl die ganze Entschädigung nicht feststand. Das Reichsgericht hat hier mit den Instanzrichtern die Berufung auf die Bestimmung der Police verworfen, weil diese Berufung im konkreten Falle einen den guten Sitten widerstreitenden Mißbrauch der Klausel durch Ausübung eines Druckes auf den Berechtigten dahin, daß er weitere Ansprüche aufgebe, enthalte. Zu solchem Druck wird die Klausel meistens bestimmt sein und führen und doch kann sie deshalb nicht als unstatthaft, weil unsittlich oder rechtswidrig, bezeichnet und etwa einfach gestrichen werden. Mißbrauch und Chikane, § 226, würde die Berufung auf die Klausel wohl enthalten und auch § 242 durchgreifen, wenn der streitig gebliebene Theil der Entschädigung verhältnißmäßig gering, oder das Bestreiten des nichtanerkannten Theils nach der besonderen Sachlage offenbar unhaltbar. Nur in solchen Fällen kann gesagt werden, daß das aus der Klausel entnommene Recht kein gutes Recht.

4. Naturalobligation.. (Unvollkommene Schuldverhältnisse). Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 216. Dem Anspruch aus dem Schuldverhältniß wohnt nach BGB. die Klagbarkeit und Durchsetzbarkeit von selbst inne; sie ist eine gesetzliche Qualität des Schuldverhältnisses. Nach § 241 ist Inhalt des Schuldverhältnisses die Berechtigung, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, und in den §§ 194ff., 198, 203, 209ff. ist die Verjährung dieses Rechts (Anspruchs) so geordnet, daß sie grundsätzlich mit der Entstehung des Anspruchs beginnt, Beginn und Lauf durch Verhinderung der Rechtsverfolgung gehemmt, durch Klageerhebung unterbrochen wird. Daran ändert nicht, daß § 888 Abs. 2 CPO. im Falle der Verurtheilung zur Leistung von Diensten aus Dienstvertrag einen Zwang durch Geldstrafe oder Haft nicht zuläßt, aus dem guten Grunde, daß solche erzwungene Dienste erfahrungsmäßig für beide Theile werthlos und verderblich sind. Vgl. §§ 887, 888 Abs. 1, 890.

Neben diesen echten Schuldverhältnissen stellt das BGB. eine Kategorie unechter, weil klagloser Schuldverhältnisse im Sinne der naturalis oblig. des Röm. R. nicht auf; es spricht weder von natürlicher, noch wie das ALR. Einl. § 86; I 16 §§ 78, 179 von moralischer oder unvollkommener Verbindlichkeit, d. h. Verbindlichkeit, die nach Sitte und Lebenspflicht nicht erzwingbar, aber erfüllt zu werden pflegt. Das BGB. weist aber, wie die meisten neueren Gesetzbücher, eine Reihe einzelner Fälle auf, in denen es der sittlichen oder Anstandspflicht eine beschränkte rechtliche Wirkung verleiht, und andere, in denen einem rechtlichen Verhältniß ohne Klage eine rechtliche Wirkung von verschiedener Bedeutung beigelegt wird. Die Fälle der letzteren Art haben am meisten die Natur einer naturalis obligatio im rechtlichen Sinne, die der ersteren mehr die Natur einer nat. obl. in der natürlichen Auffassung. Zu den Fällen der ersten Art gehört der § 814, der die Rückforderung des zur Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleisteten, § 812 Abs. 2, versagt, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach, auch wenn die Leistung nicht wissentlich geschehen. Zu vergleichen sind dazu § 534, §§ 1446 Abs. 2, 1624 Abs. 1, 1804, 2213, 2330.

5. Unter die Fälle der zweiten Art gehört a. an erster Stelle die verjährte Forderung. §§ 222, 223, § 812 Abs. 1 Satz 2, § 390. Vgl. Bd. 1 S. 332, 333. Die verjährte Forderung ist nicht klagbar, kann nicht als Aktivum oder

Passivum gelten, die Leistung, auch wenn sie nicht wissentlich erfolgt, ist aber Erfüllung, nicht Schenkung, kann deshalb nicht kondicirt werden, und die verjährte Forderung genügt nicht nur zur Aufrechterhaltung des bestellten Pfandes, sondern ist gültige causa für neues Pfand, für Bürgschaft im Auftrag, vertragsmäßiges Anerkenntniß, constitutum, Sicherheitsleistung, Schuldversprechen, Schuldanerkenntniß, und dient unter der Voraussetzung in § 390 zur Aufrechnung. Vgl. zu §§ 479, 498 Abs. 3. Rechtskräftig zu Unrecht abgesprochene Forderung schließt dagegen nur bei wissentlicher Zahlung die cond. aus. Vgl. zu § 814.

b. Spiel, Wette, reines Differenzgeschäft, Versprechen eines Ehemäklerlohnes begründet kein klagbares Schuldverhältniß, §§ 656 Abs. 1, 762, 764; schließt nur die cond. des Geleisteten aus diesem Grunde aus, kann nicht Grundlage von Pfand, Bürgschaft, Sicherheitsleistung, Schuldanerkenntniß, Schuldversprechen sein. Ebenso § 66 Börsengesetz.

c. Ohne die Erfüllung der gesetzlichen Form für Schenkungsversprechen, Bürgschaft, Eigenthumsübertragung an einem Grundstück entsteht kein Schuldverhältniß, §§ 518 Abs. 2, 766, 313 (§ 125), aber die Bewirkung der versprochenen Leistung, die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit heilt den Mangel der Form, schließt die cond. aus, und die Auflassung macht den ganzen Vertrag gültig.

Nicht auf die Annahme unvollkommener Verbindlichkeiten zurückzuführen ist die Wirkung der Erfüllung in § 110, Bd. 1 S. 111, die Ausschließung der cond. in § 817, l. 8 D. 12, 5, der an gewisse Voraussetzungen geknüpfte Ersatzanspruch in den §§ 1000 ff., noch weniger, daß mit der Zahlung unangemessener Vertragsstrafe das in § 543 zugelassene Ermessen des Richters von selbst ausgeschlossen wird.

6. Anwendungsgebiet. Nach Art. 32, 55 EG. z. BGB. und Art. 2 Abs. 1 des EG. z. HGB. v. 10. Mai 1897 kommen die allgemeinen Grundsätze des BGB. über Schuldverhältnisse bei den Schuldverhältnissen der Reichsgesetze außerhalb des BGB., die nicht beseitigt sind, Art. 39, 42 EG., z. B. der WO, GewerbeO., des Genossenschaftsgesetzes u. a., nur soweit in Anwendung, als diese Reichsgesetze keine selbständigen Vorschriften enthalten, und ausdrücklich oder stillschweigend auf die aufgehobenen Landesrechte verweisen. EG. z. BGB. Art. 4. Auf die Schuldverhältnisse des neuen HGB. kommt das BGB. trotz seiner Subsidiarität dem Handelsrecht gegenüber in weitem Umfange zur Anwendung, nachdem eine große Anzahl allgemeiner Vorschriften des alten HGB., Art. 278—336, über Handelsgeschäfte, ihre Erfüllung, Abschließung in das BGB. vollständig oder modifizirt aufgenommen sind. Art. 278, 280, 281 Abs. 1, 283, 285, 286, 288, 293—299, 317—322, 324, 325, 326, 334. Selbst wo das HGB. besondere Regeln wie z. B. für die kaufmännischen Dienstverhältnisse und den Handelskauf aufstellt, wird ein Zurückgehen auf die allgemeinen Grundsätze des BGB. in dem Buch von den Schuldverhältnissen oft geboten sein; dies gilt namentlich von dem § 242.

Das mit dem 1. Januar 1902 in Kraft getretene RGes. über das Verlagsrecht v. 19. Juni 1901 (RGBl. S. 217) giebt die im Art. 76 EG. z. BGB. noch dem Landesrecht überlassenen Vorschriften über Recht und Pflicht aus dem Verlagsvertrage (Verzug, periculum, Rücktritt) der Art, daß für die Anwendung von Grundsätzen des früheren Landesrechts über den Verlagsvertrag kein Raum mehr bleibt, vielmehr auf die allgemeinen Grundsätze des BGB. zurückzugreifen ist, soweit das neue Gesetz keine Bestimmungen enthält.

anzuwenden ist. Nicht so klar ist das für die §§ 60, 74, 75 HGB., RG. 42 S. 97, 43 S. 23 (Rückwirkung verneint), und für §§ 246, 247, 288, 289 BGB. (Zinspflicht). Bei diesen kommt neben Anderem die allgemein historische Tendenz in Betracht, im Interesse der allgemeinen Wohlfahrt die Lage des Zinsschuldners zu erleichtern. Vgl. zu §§ 246, 247. Zweifelhaft ferner kann sein die Tendenz des Gesetzes in den §§ 343 (Ermäßigung der Vertragsstrafe), 400, 655, 656 (Mäklerlohn, Ehemäklervertrag); vgl. zu diesen §§ RG. 46 S. 177. In § 1601 wird die Unterhaltspflicht so strikt beschränkt, daß vom 1. Jan. 1900 ab von einer Pflicht der Geschwister nicht mehr die Rede sein kann, selbst wenn sie vorher nicht bloß als Grundsatz bestanden, aus dem allein wohlerworbenen Rechte nie hergeleitet werden können, sondern die Voraussetzung von Pflicht und Recht schon eingetreten war und selbst zu rechtskräftigem Judikat geführt hatte. RG. 46 S. 65 zu § 1601.

Fehlt ein Anhalt dafür, daß das BGB. seinen Vorschriften ein vor ihm entstandenes Schuldverhältniß ganz oder theilweise hat unterwerfen wollen, so ist das Schuldverhältniß nach Voraussetzung, Inhalt und Wirkung nach dem früheren Gesetz zu beurtheilen. Weichen beide von einander nicht ab, was stets zunächst zu ermitteln, so enthält die Anwendung des BGB. keine Rechtsverletzung; war das frühere Gesetz kontrovers, so wird die Anwendung des BGB., sobald es klares Recht enthält, als Anwendung des alten Rechts angemessen sein. Nach dem inneren Gehalt des Grundsatzes des Art. 170 EG. ist das vorher entstandene Schuldverhältniß in seiner gesammten Qualität dem BGB. entzogen. In dieser Qualität soll das Schuldverhältniß nach dem Sinne des Grundsatzes unberührt bleiben. Nach altem Recht ist deshalb zu beurtheilen: der Inhalt von Recht und Pflicht (Leistung), der Umfang der Haftung für dolus und culpa, was und wie zu leisten, zu welcher Zeit, an welchem Ort, und danach nothwendig auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen zu fordern und zu leisten, nicht zu fordern und nicht zu leisten, das Interesse der Nicht- oder der verspäteten Leistung oder der Nichtannahme der Leistung zu verlangen, die Voraussetzungen und Wirkungen des Schuldner- und des Gläubigerverzuges, der Unmöglichkeit der Leistung, der Lösung des Schuldverhältnisses, der Fälligkeit, der Zulässigkeit von Rücktritt und Kündigung, von Hinterlegung, von Einreden, die das Gesetz dem Schuldner zur Abschwächung des Gläubigerrechts verleiht (benef. exc., div., ced. act., dat. in sol., compet.), des Zurückbehaltungsrechts, der materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit, überall ohne Unterschied, ob die entscheidenden Thatsachen vor oder nach dem 1. Januar 1900 liegen. Qualität des Schuldverhältnisses ist Vererblichkeit und Abtretbarkeit, ferner, ob der Anspruch zur Aufrechnung verwendet oder durch Aufrechnung beseitigt werden kann, vgl. zu §§ 387 ff., aber nicht der Umfang der Haftung des Erben des Schuldners, der nach erbrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen. Art. 213.

Wird der abtretbare Anspruch aus dem vor dem BGB. entstandenen Schuldverhältniß nach dem BGB. abgetreten, so richtet sich Form und Wirkung dieser Abtretung nach dem BGB., weil die Abtretung die Qualität der Forderung nicht berührt und es keine Rückwirkung des BGB. enthält, wenn Rechtsakte solcher Art, die unter seiner Herrschaft vorgenommen, auch seiner Herrschaft unterworfen werden. Das gilt von dem Erlaßvertrag, § 397, und von anderen Verträgen unter dem BGB., durch die ein früheres Schuldverhältniß umgestaltet, verändert, aufgehoben wird. Nach ALR. I 5 §§ 388 ff. konnten schriftliche Verträge regelmäßig nur durch schriftlichen Vertrag aufgehoben werden. Das ObTr. 57 S. 373 nahm mit

Recht an, daß nach dem Inkrafttreten des ADHGB. Art. 317 der schriftliche Vertrag durch mündlichen Vertrag beseitigt werden könne. Das muß auch für das BGB. gelten. Als eine Qualität des Schuldverhältnisses kann seine Unlöslichkeit durch Vertrag angesehen werden; war es aber durch Vertrag nach altem Recht löslich, so ist für die Form dieses Vertrages unter dem neuen R. das neue Recht maßgebend.

Keine unzulässige Rückanwendung des BGB. enthält es, wenn aus einem alten Schuldverhältniß die Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke zu fordern ist, und nach dem Eintritt des BGB. für die Erfüllung dieser Verpflichtung die Auflassung gefordert wird, weil Eigenthum an einem Grundstück nur so übertragen werden kann. Nach § 234 I 16 ALR. kann sich der zur Uebergabe eines Grundstücks Verpflichtete von seiner Verpflichtung dadurch befreien, daß er das Grundstück zur gerichtlichen Aufsicht und Verwahrung übergiebt. Nach dem 1. Januar 1900 kann ein vorher entstandenes Schuldverhältniß so nicht mehr erfüllt werden, weil das BGB. diese Art der Erfüllung nicht kennt, §§ 372 ff. Keine Rückanwendung ist die Anwendung der §§ 267, 268 auf vorher entstandene Schuldverhältnisse, weil durch diese Rechte Dritter der Inhalt des Schuldverhältnisses selbst nicht berührt wird. Anders ist dies bei § 278 (Haftung für Hilfspersonen). Ob der Gläubiger Theilzahlung anzunehmen hat, § 266, ob er durch Annahme einer Leistung als befriedigt gilt, § 363, ist bei Schuldverhältnissen, die vor dem BGB. entstanden, dem allgemeinen Prinzip zufolge, nach altem Recht zu beurtheilen, weil es sich dabei um die Frage des „Wie" der Erfüllung handelt. Aber die datio in sol., §§ 364, 365, ist ein neues Rechtsgeschäft, das nach dem Willen der Parteien als solches wirkt, und deshalb hinsichtlich Form und Wirkung dem BGB. unterliegt, wenn es unter dem BGB. vorgenommen ist. Von unzulässiger Rückwirkung ist dabei so wenig die Rede, wie wenn die Haftung des Verwahrers, Entleihers, Miethers, Beauftragten für rechtswidrige Beschädigung der anvertrauten Sache nach dem 1. Januar 1900 nach § 823 BGB. beurtheilt wird. Dagegen betreffen die §§ 366—369 wieder recht eigentlich das „Wie" der Erfüllung und kommen deshalb nur für neu entstandene Schuldverhältnisse zur Anwendung.

Auf andere Spezialfragen ist nur im Zusammenhange mit der Erörterung der einzelnen Rechtsinstitute einzugehen. Vgl. namentlich zu §§ 387 ff., 398 ff., 414 ff., 420 ff., 544, 567, 712, 716, 723.

Im Allgemeinen ist hier nur noch zu bemerken: das von Savigny, System Bd. 8 § 384 aufgestellte Prinzip, neuen Gesetzen sei stets rückwirkende Kraft beizulegen, soweit sie über Existenz und Inhalt der Rechte bestimmen, ist vom BGB. für die Schuldverhältnisse jedenfalls nicht aufgenommen; es ist weder aus EG. Art. 170, noch aus den Ausnahmevorschriften in den Art. 171 ff. und aus den sonstigen Uebergangsbestimmungen zu entnehmen. Für die damit zusammenhängende Frage, ob und in welchem Umfange die rechtliche Wirkung von Thatsachen, die unter der Herrschaft des BGB. eintreten und für ein altes Schuldverhältniß von rechtlicher Bedeutung sind, nach neuem oder altem Recht zu beurtheilen sind, scheiden die Motive zu Art. 103 des Entw. zwischen Thatsachen, die in ihrem Zusammenhange mit dem Schuldverhältniß und ihrer Einwirkung auf dasselbe sich als dessen innere Entwicklung darstellen, und solchen Thatsachen, die von außen an das Schuldverhältniß herantreten, ohne mit ihm in nothwendigem Zusammen-

hang zu stehen. Erstere sollen dem alten, diese dem neuen Recht unterstehen. Dabei kommt aber immer in Frage, welche Thatsache zu jener oder dieser Kategorie gehören. Das Gesetz giebt darüber keine Auskunft. Man wird sich deshalb mit dem aus Art. 170 EG. folgenden Grundsatze zu begnügen haben, daß das vor dem BGB. entstandene Schuldverhältniß in seiner gesammten Wirkung auch unter dem BGB. fortleben soll und daß deshalb alle Vorgänge nach dem alten Recht zu beurtheilen sind, die Dasein, Ende, Aenderung, Gestaltung, Wirkung des Schuldverhältnisses betreffen, wenn nicht das BGB. nach seinem ausdrücklich ausgesprochenen oder aus seinem Zweck zu entnehmenden Willen anzuwenden ist.

9. Räumliche Grenze der Anwendung. Internationales Privatrecht. W. 2 § 34 Anm. 2 (Litteratur). RE. 1 Nr. 15, 17—22. Entw. II gab in den §§ 2240, 2242—2244 Vorschriften bezüglich der Form der Rechtsgeschäfte, und über das örtliche Recht der Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden, aus unerlaubter Handlung, und aus einem anderen Grunde. Bei Rechtsgeschäften unter Lebenden sollte das Recht des Abschlußortes, bei unerlaubten Handlungen das Recht des Begehungsorts angewendet werden; im § 2242 war aber für die Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften gleich die ganz farblose Vorschrift hinzugefügt, daß wenn nach den Umständen des Falls anzunehmen, von den Betheiligten sei die Anwendung eines anderen Rechts vorausgesetzt, dieses Recht anzuwenden sei. Andere Schuldverhältnisse sollten nach den Gesetzen des Orts beurtheilt werden, an welchem der für die Entstehung des Schuldverhältnisses in Betracht kommende Thatbestand verwirklicht worden, aber sofort wieder mit der Maßgabe, „sofern sich nicht nach deutschen Gesetzen ein Anderes ergebe".

Das BGB. schweigt über das örtliche R. der Schuldverhältnisse fast ganz. Der Art. 11 EG. ordnet die Frage der Form des Rechtsgeschäfts (Art. 13). Bd. 1 S. 160. Nach Art. 12 sollen aus einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung gegen einen Deutschen weitergehende Ansprüche als nach den deutschen Gesetzen begründet, nicht erhoben werden können. Daraus ist der Grundgedanke zu entnehmen, daß für Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen im weitesten Sinne (Delikten, Quasidelikten, strafbaren und nicht strafbaren, aber eine Verantwortlichkeit aus oder ohne Verschulden begründenden Handlungen, Haftpfl.Ges. v. 7. Juni 1871, Schiffskollision), das Recht des Thatorts und zwar darüber, ob und in welchem Umfange eine Verantwortlichkeit entstanden ist, einem Deutschen gegenüber aber, der im Auslande gehandelt hat, das deutsche Recht entscheiden soll, wenn es ihm günstiger ist. Das entspricht dem, was bisher in Wissenschaft und Praxis angenommen ist. ObTr. 9 S. 381 (actio de pauperie. § 833 BGB.). Präj. 1321. RG. 18 S. 28, 19 S. 382, 23 S. 305 (dolose Kreditempfehlung), 7 S. 374, (Arrest ohne Grund), Bolze 7 Nr. 26 (Schaden durch Bergbau), RG. 7 S. 378 (Anspruch aus Geschäftsführung des Vorstands und Aufsichtsraths einer Aktiengesellschaft), Bolze 19 Nr. 13 (Verschulden des Frachtführers, Haftung des Absenders), OHG. 23 S. 174, 37 S. 181 (Haftung für außerkontr. Verschulden Dritter). §§ 278, 831 BGB. RG. 39 S. 304 (Haftung für Kosten der Hebung eines Kahns aus dem Strombett). Der Rechtssatz, daß der Deutsche wegen Handlung im Auslande im Inlande nicht über das Maß hinaus haftbar gemacht werden soll, das deutsches Recht zuläßt, wird wie bisher namentlich bei Schiffskollision auf hoher See, aus der ein deutsches Schiff vor deutschem Richter in Anspruch genommen wird, anzuwenden

sein. HGB. II §§ 734 ff. (Art. 736 ff.). V. v. 9. Mai 1897 (RGBl. S. 203). Das deutsche Recht kennt z. B. keinen Anspruch aus Verschulden des Zwangslootsen, HGB. I Art. 740, HGB. II § 738. Solcher Anspruch ist deshalb nach Art. 12 EG. vom deutschen Richter gegen einen deutschen Rheder nicht zuzulassen, nach Art. 30 EG. aber überhaupt nicht zuzusprechen, auch nicht gegen einen fremden Rheder. LHG. 24 S. 83. RG. 19 S. 7, 10; 21 S. 136, 29 S. 90. Vgl. ObTr. 42 S. 14.

Für Schiffskollision auf deutschem Gewässer versteht sich die Anwendung deutschen Rechts ohne Rücksicht auf die Nationalität des Schiffs nach Art. 12 EG. von selbst. RG. 21 S. 236, LHG. 24 S. 83. Bei unerlaubter Handlung an einem Ort, wo es keine lex loci actus giebt (hohe See, wildes Territorium), kann gegen einen Deutschen immer nur D. R. angewendet werden, dagegen kann in solchem Falle der angegangene deutsche Richter gegen einen Nichtdeutschen, wenn nicht Art. 30 EG. anzuwenden, nur dessen Recht anwenden, wenn es ihm dargelegt oder von ihm ermittelt wird. Für Schiffskollision vgl. ObTr. 42 S. 14; RG. 19 S. 7, 29 S. 90; Bolze 13 Nr. 26. Eigenthümlich lag Bolze 2 Nr. 27, wo ein preußischer Eisenbahnbeamter im Betriebe seiner Bahn auf russischem Gebiet verletzt war; hier gebot sich die Anwendung des D. Haftpflichtgesetzes von selbst aus seinem Grund und Zweck. Art. 30. Dasselbe gilt, wo deutsches Recht sich selbst dadurch anwendet, daß es seinen Vorschriften auch Handlungen im Auslande unterwirft. Ges. v. 11. Juni 1870 §§ 22, 25. (Anders RGes. betr. d. Urheberr. v. 19. Juni 1901, RGBl. S. 227, §§ 36 ff.). Ges. v. 12. Mai 1894 §§ 12 ff. RG. 18 S. 28. Anders RG. 34 S. 46 zu §§ 54, 55 Ges. v. 11. Juni 1870 (vgl. jetzt §§ 26, 27, 36, 37 Ges. v. 19. Juni 1901) betr. das Aufführungsrecht.

Ueber die Frage, welcher Ort als Ort der Handlung bei That durch einen Brief anzusehen, vgl. RG. 7 S. 378, 19 S. 382, 23 S. 305. Dabei rechtfertigt es sich, den Adreßort als entscheidend zu betrachten, weil die Handlung an diesem Ort abschließt und abschließen soll, auch erst in die Erscheinung tritt. Daneben auch den Absendungsort gelten zu lassen, erscheint inkonsequent und nicht gerechtfertigt.

10. Für rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse kommt nur noch der Art. 30 EG. in Betracht. Es ist alten Rechts, daß die Anwendung fremden Rechts cessirt, wo sie zum Verstoß gegen absolut gebietendes oder verbietendes oder öffentliches Recht des Inlandes führen würde. ObTr. 18 S. 146. RG. 24 S. 326 (nebenbei in den Gründen), RG. 5 S. 124, 1 S. 59, 61; 14 S. 155, 168; 12 S. 309, 40 S. 256. Bolze 4 Nr. 19, 5 Nr. 13, 11 Nr. 20, 15 Nr. 10, Nr. 18, 13 Nr. 26, 12 Nr. 18. RG. 9 S. 3, 9. (Spiel in auswärtigen Lotterien, Differenzgeschäfte im Auslande, Anatocismus, Steuerabzug von Zinsen im Ausland.) RE. 1 Nr. 15. Sache der Auslegung des Gesetzes ist, ob eine dispositive oder absolute und zwingende Rechtsnorm in dem Sinne vorliegt, daß dem Richter die Anwendung einer anderen Rechtsnorm im Interesse der guten Sitte, des inländischen Verkehrs, der öffentlichen Wohlfahrt untersagt ist. Vgl. Börsengef. §§ 66, 68. BGB. § 764; § 1297. Wenn das BGB. in einer Reihe von Vorschriften an das arglistige Verschweigen eines Mangels oder Fehlers rechtliche Folgen knüpft, namentlich die vertragsmäßige Ausschließung oder Beschränkung der Gewährleistung dadurch beseitigen läßt, ebenso kurze Verjährung und Rechtsverlust anderer Art, §§ 460, 463, 480, 477, 638, 478, 479, 639, — §§ 443, 476, 540, 543, 581, 637 u. a., so beruht dies auf einer bestimmten sittlichen Auffassung, die etwa abweichendes fremdes Recht nicht zur Anwendung kommen läßt.

11. Im Uebrigen fehlt es für die Schuldverhältnisse an jeder Bestimmung. Auch aus den sonst im EG. Art. 7 ff. enthaltenen Vorschriften, läßt sich ein Grundgedanke für die Entscheidung der Frage des örtlichen Rechts der Schuldverhältnisse, die nicht dem Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht angehören, nicht entnehmen. Die Frage ist absichtlich der Wissenschaft und Praxis überlassen. Die bisherigen Ergebnisse derselben sind deshalb auch für die Zukunft zu beachten. Das ALR. enthielt nur für Verträge die Vorschrift in den §§ 256, 257 I 5 über Maß, Gewicht, Münze; dafür sollte der Erfüllungsort entscheiden. Vgl. HGB. II §§ 361, 380. Das SBGB. § 11 bestimmt, der Savigny'schen Lehre folgend, einfach, daß Forderungen nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen, an welchem sie zu erfüllen sind. Der C. c. giebt keine Vorschrift. Außer dem aus Art. 30 EG. sich ergebenden allgemeinen Grundsatz sind zwei weitere allgemeine Grundsätze zu beachten:

a. Welches Recht anzuwenden, hat der Richter nach den Grundsätzen zu entscheiden, die ihm sein Recht, die lex fori, vorschreibt; erst wenn diese nicht ausreichen, ist auf die allgemeinen Grundsätze des internationalen Privatrechts zurückzugreifen. StrA. 60 S. 20, 67. OHG. 12 S. 414, 17 S. 294. RG. 24 S. 326, 29 S. 288 u. a.

b. An erster Stelle entscheidet für obligatorische Schuldverhältnisse das Recht, dem sich die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen haben. Denn wie die Parteien durch ihren Willen das Schuldverhältniß begründen, ändern, gestalten, aufheben können, so müssen sie auch das maßgebende Recht bestimmen können. RG. 4 S. 246, 9 S. 227, 14 S. 239, 20 S. 333, 23 S. 31, 24 S. 112. Aber vorausgesetzt ist immer, daß die Parteien sich einem bestimmten Recht haben unterwerfen können. Die Parteien können z. B. durch ihre Vereinbarung einem Schuldverhältniß nicht Rechtswirksamkeit, Klagbarkeit verleihen, das nach dem ohne die Vereinbarung maßgebenden Recht unwirksam, unklagbar sein würde. RG. 44 S. 300, wo im Kgr. Sachsen ein nach SBGB. § 1259 nichtiger Ehemaklervertrag mit der Abrede geschlossen, daß Streitigkeiten nach Preuß. R. durch das Landgericht Berlin entschieden werden sollten.

c. Aus dem Bestimmungsrecht der Parteien läßt sich der allgemeine Satz ableiten, daß für obligatorische Schuldverhältnisse grundsätzlich das Recht des Erfüllungsorts entscheidet. In Schuldverhältnissen kommt an erster Stelle in Frage, was der Schuldner zu leisten hat, wozu er sich verpflichtet hat, nicht, wozu der Gläubiger sich berechtigen wollte. Berechtigt ist daneben die Annahme, daß der Gläubiger nicht mehr Rechte haben wollte, als er nach seinem Recht erwerben konnte. Nach § 269 BGB. ist grundsätzlich der Wohnsitz (Niederlassungsorts) des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses der Erfüllungsort. Grundsätzlich ist anzunehmen, daß nach BGB. das Recht des Wohnsitzes des Schuldners über den gesammten Inhalt des Schuldverhältnisses zu entscheiden hat, wenn er sich nicht einem anderen Recht unterworfen hat und hat unterwerfen können. Auf die Staatsangehörigkeit des Schuldners kann nichts ankommen, weil der Ausländer der im Inlande Wohnsitz oder Niederlassung nimmt und damit in den bürgerlichen und Geschäftsverkehr des Inlandes tritt, nach § 242 nicht vorgeben kann, daß er sich nur nach dem Rechte für den Verkehr in seiner Heimath habe verpflichten wollen. Diesen Gedanken hat das OHG. und das RG. auch da zur Anwendung gebracht, wo der ausländische Rheder dadurch in den Verkehr des Inlandes tritt, daß er sein Schiff nach

deutschem Hafen verfrachtet und sein Schiffer Konnossement an Order auf deutschen Hafen ausstellt. RG. 34 S. 72, 79, 81. In diesem Fall ist für die Ansprüche aus dem Konnossement gegen den Rheder deutsches Recht zur Anwendung gebracht.

Von diesen Grundsätzen ist im Wesentlichen bisher die Praxis des Preuß. und des gem. R. ausgegangen. Vgl. RE. 1 Nr. 17 (18, 19, 22). OHG. 2 S. 293, 3 S. 81, 7 S. 1, 8 S. 10, 9 S. 7, 12 S. 55, 286; 15 S. 8, 134, 209, 212, 330. RG. 4 S. 24, 246; 9 S. 225, 20 S. 333, 23 S. 31, 24 S. 112. Wer sich einseitig verpflichtet, will sich präsumtiv nur nach seinem Recht verpflichten, der Inländer im Inlande nach inländischem Recht, auch der Inländer im Auslande dem Inländer gegenüber. Vgl. OHG. 12 S. 55. Für gegenseitige Verträge folgt aus dem Grundgedanken, daß für die Verpflichtung des einen Kontrahenten ein anderes Recht zur Anwendung kommen kann, als für die des anderen, ebenso wie der Erfüllungsort für beide verschieden sein kann. Nach dem Recht am Domizil des Käufers richtet sich sein Recht des Rücktritts, der Minderung, der Befreiung wegen Mängel der Kaufsache, nach dem Recht am Domizil des Verkäufers die Frage, wofür er einzustehen hat. OHG. 15 S. 212; RG. 46 S. 193, 195; 34 S. 191; Bolze 20 Nr. 6; nach dem Recht am Domizil des Bürgen der Inhalt und Umfang seiner Pflicht (nicht der Hauptobligation), nach dem R. am Domizil des Regreßpflichtigen die Voraussetzungen und der Inhalt der Regreßpflicht. RG. 9 S. 185. Bolze 4 Nr. 20, 19 Nr. 21. OHG. 2 S. 289, 292; 19 S. 205, 23 S. 7. RG. 24 S. 115, 36 S. 129. In RG. 44 S. 152, wo der inländische Aussteller eines in London zahlbaren Checks im Inlande regreßpflichtig gemacht wurde, ist die Klage abgewiesen, weil das zur Anwendung kommende inländische Recht solche Regreßpflicht nicht kennt. Aus dem allgemeinen Grundsatz zu b folgt, daß der Erfüllungsort nicht nothwendig das anwendbare R. bestimmt, wenn ersichtlich, daß die Parteien von einem anderen Recht ausgegangen sind.

12. Die vielfach schwierige Ausgestaltung der allgemeinen Grundsätze im Einzelnen ist bei den einzelnen Schuldverhältnissen zu erörtern. (Vgl. namentlich bei der Aufrechnung, Cession, Kauf u. a.). Hier ist nur noch auf die Klageverjährung einzugehen.

Die Ansichten gehen bekanntlich ganz auseinander. Die lex fori soll entscheiden, weil die Klageverjährung ein rein prozessuales Institut. So ObTr. 10 S. 102; StrA. 12 S. 135; RE. 1 Nr. 22. Andere wollen sie nach dem Recht des Erfüllungsorts, des Vertragsabschlusses, des Domizils des Schuldners beurtheilen. Das ObTr. selbst hat den ersten Standpunkt nicht festgehalten, in ObTr. 11 S. 232 die lex dom. angewendet, in ObTr. 28 S. 70 aber die einmal abgelaufene Verjährung auch dem Recht an einem neuen Domizil gegenüber wirken lassen. Für das gem. und das rheinische Recht hat das ObTr. dagegen ständig das Recht angewendet, nach dem das Schuldverhältniß selbst zu beurtheilen, weil die Verjährung sich auf die Wirkung der Obligation beziehe und dem materiellen Recht angehöre. ObTr. 77 S. 77, 80. Dem hat sich das OHG. und das RG. für gem. und Preuß. R. angeschlossen. OHG. 14 S. 258, 18 S. 187, 22 S. 88, 23 S. 5. RG. 1 S. 125, 2 S. 14, 6 S. 25, 7 S. 21, 9 S. 225, 12 S. 1, 6; 24 S. 112, 383 (22 S. 31). Danach ist namentlich angenommen, daß die Verjährung bei Ansprüchen aus Delikten (Quasidelikten) sich nach dem R. der schädigenden Handlung

richtet, Bolze 7 Nr. 26 (Beschädigung durch Bergbau), bei Ansprüchen einer Gesellschaft nach dem Recht am Sitze der Gesellschaft, Bolze 14 Nr. 5, vgl. RG. 23 S. 31, daß bei Ansprüchen aus zweiseitigen Verträgen auch die Verjährung nicht nothwendig nach demselben R. zu beurtheilen. Bolze 9 Nr. 6.

Die Entscheidung der Frage ist schwierig, weil unleugbar die Verjährungsgesetze das Interesse des Schuldners im Auge haben und zugleich ein gewisses öffentliches Interesse. Für das BGB. ergiebt sich dies aus der Wirkung der Verjährung, § 222 Abs. 1 und aus der Vorschrift in § 225, daß durch Rechtsgeschäft die Verjährung zwar erleichtert, aber nicht erschwert werden darf. Zugleich sind aber die Verjährungsfristen zum Theil mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses geordnet. § 196. Aus dem Art. 169 EG. über das zeitliche Gebiet der Verjährungsgesetze ist Sicheres nicht zu entnehmen, da von jedem der verschiedenen Grundgedanken aus die vollendete Verjährung als ein Recht erscheint, aus der laufenden ein jus quaes. auf die Vollendung nicht hergeleitet werden kann. Aus der Ordnung in Art. 169 könnte nur gefolgert werden, daß bei Aenderung des Domizils des Schuldners die nach dem Recht des früheren vollendete Verjährung ihre Wirkung behält, die laufende sich fortsetzt, die kürzere Frist des neuen Domizils nur von der Aenderung des Domizils ab gerechnet werden darf.

Dem BGB. entspricht es am meisten, die Verjährbarkeit wie die Klagbarkeit, Nichtklagbarkeit als eine Qualität des Schuldverhältnisses aufzufassen und demgemäß nach dem R. zu beurtheilen, dem das Schuldverhältniß überhaupt unterliegt. Das wird in den meisten Fällen zur Anwendung der lex dom. führen. Das öffentliche Interesse ist in § 225 nicht so schwerwiegend, daß man annehmen könnte, im Sinne des BGB. liege die Ausschließung der Anwendung jedes fremden Verjährungsgesetzes. In RG. 24 S. 383, 391 ist die Berufung auf das englische Verjährungsgesetz abgelehnt, weil dasselbe dem Schuldner nur eine Einrede vor dem englischen Richter gewährt. Das hat seine Berechtigung auch nach dem BGB. Die WO. Art. 77 ff. steht ersichtlich auf dem Standpunkt, daß Wechselverbindlichkeiten, die im Inlande zu erfüllen, der Wechselverjährung der DWO. unterliegen, mag der Schuldner ein Inländer oder Ausländer sein. RG. 2 S. 13, 7 S. 21, 6 S. 25 (promissory notes, Wechseldomizil).

II. Gattungs- (generische) Obligation. § 243. E. I §§ 213, 214. II § 207. III § 237. ALR. I 5 § 275; 11 §§ 32, 207 ff.; 12 §§ 401 ff. SBGB. §§ 696, 750, 867, 900, 2467 Satz 2, 1091. C. c. art. 1246 (1002), 1585. W. 2 § 255 II. D.P. 2 § 25. Pr. Pr. 2 § 28. D. BR. 2 §§ 11, 12. Eccius 1 § 65, 2 § 128. RE. 1 Nr. 100; 2 Nr. 195. Grützmann 2 § 129. Z-Cr. 2 §§ 298, 329. Cr. II § 7. Endemann 1 § 119. Cosack 1 § 84 und III. 3.

13. Gattungsobligation besteht nach § 243, wenn der Gegenstand des Schuldverhältnisses eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, d. h. nach § 90 ein körperlicher Gegenstand ist. Handlungen (Dienstleistungen, Unterlassungen), l. 54 § 1 D. 45, 1, gelten nicht als Gegenstand einer Gattungsobligation, weil sie stets durch sich selbst und die Person des Schuldners individualisirt werden. In welchem Maße und in welcher Qualität sie zu leisten, ist, wo das Gesetz nichts bestimmt, wie z. B. die GewerbeO., konkret nach dem Vertragsinhalt, den Umständen

und gemäß § 242 nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte zu bestimmen. Das gilt namentlich für die Dienstverhältnisse des täglichen Lebens und die Frage z. B., was von einer Köchin, Stubenmädchen, Hausmädchen, Portier u. s. w. zu fordern und zu leisten. Auch für die Dienstverhältnisse des Handelsrechts kann die Frage von Bedeutung werden. Die Gattungsobligation hat mit der alternativen Obligation das gemein, daß ihr Gegenstand unbestimmt ist, für die Leistung noch der Bestimmung bedarf. Die zur Begründung jedes Schuldverhältnisses erforderliche Bestimmbarkeit des Gegenstandes setzt auch § 243 voraus. Bestimmbar muß namentlich die Gattung selbst sein und das, was aus ihr zu leisten. „Ein Thier", „eine Pflanze", „ein Mineral" ist als Gegenstand eines Schuldverhältnisses regelmäßig so wenig denkbar, wie eine ganz unbestimmbare Menge, Quantum, von Sachen aus einer Gattung. Das gilt mit dem Satz des § 243 für alle Schuldverhältnisse, deren Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, Kauf, Tausch, Schenkung, Vermächtniß.

Bei der Gattungsobligation kann nicht die Gattung, mag sie aus vertretbaren oder nicht vertretbaren Sachen bestehen, Eisen, Wolle, Getreide, Pferde, Kohlen, Lotterielose als der Gegenstand des Schuldverhältnisses angesehen werden, sondern nur die bestimmbare Einzelsache, das bestimmbare Quantum, die Menge, die schließlich zu leisten. Zu einer bedingten Obligation wird die Gattungsobligation dadurch so wenig wie es die alternative Obligation ist, denn die Bestimmung der zur Erfüllung dienenden Leistung ist Inhalt des Schuldverhältnisses selbst und der Leistung. Die bestimmbare bestimmte Sache wird unbedingt geschuldet. Die Gattung als solche ist unfaßbar, selbst wo innerhalb der Gattung, wie im praktischen Leben regelmäßig, der Kreis der künftigen Leistung enger dadurch gesteckt ist, daß die Beschaffenheit näher angegeben, z. B. nicht bloß Wein, sondern Rothwein, Moselwein oder selbst die Sorte, belgisches Tuch, schottische, englische Kohle, oder selbst Kohle von noch bestimmterer Provenienz (Zeche Dannenbaum, RG. 28 S. 221), oder Fabrikat eines bestimmten Fabrikorts oder selbst eines bestimmten Fabrikanten, Milch eines Gutes, oder wo der Auszügler seinen Holzbedarf aus dem Hofwalde zu fordern hat.

Eigenthümlich gestaltet sind die Fälle, in denen nicht aus der Gattung als solcher, sondern aus einem aus der Gattung bereits ausgeschiedenen und bestimmten Kreise von Sachen zu leisten ist. Solche Fälle sind in OHG. 24 S. 30 und StrA. 4 S. 181 behandelt. Dort hatte A aus seiner Heerde Hammel von 204 Stück 150 Stück an B mit der Abrede verkauft, daß er 50 am nächsten Tage absenden, B die übrigen 100 an einem bestimmten Tage aussuchen und abnehmen solle. Als B dies nicht that, suchte A unter Zuziehung von Sachverständigen 100 beste aus, gab sie in gerichtliche Verwahrung, wo sie versteigert wurden, und klagte auf den Kaufpreis. B excipirte, daß der Vertrag aufgehoben, weil ein Hammel geschlachtet, einer krepirt, 10 anderweit vorher verkauft. Hier nahm das OHG. generische Obligation an und verurtheilte, weil A beim Verzuge des B berechtigt gewesen, die Aussonderung aus dem genus vorzunehmen, das in seinem Wesen nicht verändert worden, das Interesse des B durch Auswahl der 100 besten nicht verletzt worden sei. In StrA. 4 S. 180 hatte ebenso A aus seiner dem B vorgezeigten Heerde an diesen 300 Stück Fetthammel so verkauft, daß B bis zum 1. September auszuzeichnen und bis zum 1. Oktober abzunehmen hatte. B nahm nur 180 Stück ab, den Rest nicht, weil sie nicht fett, der Rest wurde auf Antrag

beider Parteien versteigert und B auf Zahlung belangt. Das ObTr. wies mit dem zweiten Richter ab, weil Alternativkauf vorliege, die Wahl dem B durch den Verkauf unmöglich gemacht, § 167 I 4 ALR. unanwendbar.

Nach BGB. würde Gattungsobligation in beiden Fällen nicht anzunehmen sein. Es läßt sich nicht sagen, daß die Leistung nur der Gattung nach bestimmt war; der Kreis der Sachen, aus dem zu leisten, war ja so individualisirt, daß zugleich die einzelnen Sachen individualisirt waren. Auch mehrere Leistungen waren nicht so geschuldet, daß nur die eine oder andere zu bewirken. § 262. Es handelte sich nur um eine Leistung, die inhaltlich nicht dadurch eine andere wurde, daß aus der Heerde nicht der mit 1, sondern der mit 2 gezeichnete Hammel genommen wurde. Die einzelnen Stücke der Heerde waren nicht in obligatione der Art, daß nur das eine oder das andere zu leisten, sondern der Käufer hatte aus der Heerde den Leistungsgegenstand zu bestimmen. § 315. Darin tritt die Aehnlichkeit mit der generischen Obligation hervor, aber von Anwendung des § 243 Abs. 1 könnte in beiden Fällen nicht die Rede sein, ebensowenig von § 279. Die Heerde stand von Anfang an als species auf Gefahr des Besitzers; die Gefahr ging auf den Käufer nach § 446 erst mit der Uebergabe der von ihm bestimmten Stücke über; dadurch, daß er die Zeichnung der Hammel nicht vornahm und nicht abnahm, gerieth er in Annahmeverzug, §§ 293, 295, 296, und der Heerdenbesitzer stand nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ein. § 300 Abs. 1. Der Heerdenbesitzer konnte nicht die Bestimmung der Stücke selbst vornehmen, § 264 Abs. 2 ist nicht anwendbar, aber er konnte nach § 326 verfahren, und wenn die Heerde ganz oder zu einem so erheblichen Theile ohne sein Verschulden unterging, daß nicht mehr zu leisten möglich, war § 324 Abs. 2 anzuwenden.

Der Unterschied von der generischen Obligation tritt auch darin hervor, daß von Anwendung der §§ 480, 491 (493, 651), vgl. unten unter 18, offensichtlich nicht die Rede sein kann.

Alles dies gilt in ähnlichen Fällen (Verkauf, Schenkung aus Scheune, aus einem Faß, aus einer Schiffsladung u. a.). Die Ansichten sind übrigens sehr getheilt. Vgl. W. 2 § 255 [17]. D. P. 2 § 25 [11], Pr. Pr. 2 § 28 [3], D. BR. § 11 bei Anm. 3, 4. § 45 II.

14. Die praktische Bedeutung der Gattungsobligation in diesem Sinne erschöpft sich für alle Rechte in der Festlegung der Normen für die Spezialisirung dessen, was zur Erfüllung der Obligation aus der Gattung zu leisten ist und wie und von wem die Spezialisirung zu erfolgen hat. Darauf bezieht sich § 243. Die weiteren Vorschriften, die das BGB. über die Gattungsobligation in den §§ 279, 300, 480 (491), 524, 2155, 2192, 2182, 2183 enthält, modifiziren entweder nur den Satz des § 243 oder ziehen seine Konsequenzen.

15. Der Rechtssatz § 243 Abs. 1, daß wer eine Sache aus Gattung schuldet, eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten hat, ist gegen l. 72 § 5 D. 46, 3, l. 52 D. 17, 1 (geringste Sorte), sonst aber alten Rechts. ALR. I 5 § 275; SBGB. § 696; C. c. art. 1246, altes HGB. Art. 335, kehrt auch im § 360 des neuen HGB. wieder (Handelsgut mittlerer Art und Güte). Davon machen §§ 2155, 2193 für Vermächtniß und Auflage eine Ausnahme; der Beschwerte hat die Gattungssache nicht in mittlerer Art und Güte, sondern den Verhältnissen des Bedachten entsprechend zu leisten. Das Vermächtniß eines Pferdes an einen Landwirth wird danach z. B. anders zu erfüllen

sein, als an einen Offizier der Gardereiterei. Für Schenkungen gilt § 243 Abs. 1, indessen ist daneben die Anwendung des § 242 so wenig ausgeschlossen wie bei anderen Rechtsgeschäften. So kann, wer sich formgültig verpflichtet hat, einem Offizier zu seiner Equipirung ein Reitpferd zu schenken, die Erfüllung nicht mit jedem Reitpferd mittlerer Art und Güte leisten, sondern hat ein Kampagnepferd zu leisten. Auch sonst ist die praktische Bedeutung des Satzes nicht zu hoch zu veranschlagen und stets § 242 im Auge zu behalten, namentlich für den § 360 HGB., und für die Frage, ob der Schuldner statt mittlerer Art und Güte bessere oder die beste Sorte liefern kann. An sich folgt aus der Fassung des § 243 Abs. 1 nichts, als daß er mehr als mittlere Art und Güte nicht zu leisten hat; ist diese nicht zu beschaffen, hat der Schuldner nur beste Sorte, so ist aus § 242 zu entscheiden, ob er so leisten kann, ohne den Gläubiger zu verletzen.

An erster Stelle wird es auch hier immer auf den Inhalt und die Auslegung des Rechtsgeschäfts ankommen. § 157. Genusgeschäfte, bei denen die Sache nur der Gattung nach bestimmt, kommen, auch im Handelsverkehr, in dem das Genusgeschäft die Regel, verhältnißmäßig selten vor. Regelmäßig wird durch Abrede die Qualität innerhalb der Gattung näher bestimmt. In solchen Fällen versteht es sich von selbst, daß die bedungene Qualität zu leisten. Es versteht sich von selbst, daß wenn untadelhaftes Mehl oder Mehl I, Ia bedungen, der § 243 Abs. 1 nicht anwendbar ist, ebenso wenig unbedingt, wenn über frischmilchendes oder trächtiges Vieh abgeschlossen, oder über Fettvieh oder Vieh von bestimmtem Gewicht. Selbst der stipulirte Preis kann konkret die von dem Satz des § 243 Abs. 1 abweichende Willensmeinung der Parteien klarstellen und auf eine andere als mittlere Qualität führen. StrA. 1 S. 164, 49 S. 176. OHG. 11 S. 438, 15 S. 415. Aus § 243 Abs. 1 folgt nicht, daß wer Bretter unbesehen zu 150 Mk. pro Schock kauft, Bretter nehmen muß, die 50 Mk. pro Schock werth, weil die Bretter mittlerer Art und Güte, und daß solche mittlerer Art und Güte zu fordern hat, wer zu bestimmtem Preise aber mit der Klausel tel quel kauft, eine Klausel, die im Handelsverkehr vorkommt, von bestimmter Qualität absieht, im Uebrigen aber eine ganz verschiedene Bedeutung hat. Vgl. RG. 19 S. 31. Was als mittlere Art und Güte anzusehen, ist konkret zu finden, fast immer nur auf sachverständiges Gutachten hin, das angemessen zu leiten ist. Entscheidend ist dafür die Anschauung, Uebung, Handelssitte des Erfüllungsorts. HGB. II § 361. OHG. 3 S. 370.

16. Welche Sache zur Erfüllung der Gattungsobligation aus der Gattung zu leisten, hat nach der Natur der Obligation und nach § 243 Abs. 2 wie nach allen Rechten, der Schuldner zu bestimmen, wenn der Vertrag nicht ausnahmsweise anderes besagt. Vgl. zu § 264 Abs. 2, § 295. HGB. § 375. SBGB. § 696. StrA. 96 S. 33. RE. 1 Nr. 100 Erk. a. Dadurch, daß der Schuldner in Verzug geräth, wird die Schuld nicht eine Speziesforderung für den Gläubiger. Der Gläubiger hat auf Leistung allgemein zu klagen. Aber läßt der Schuldner es zur Vollstreckung kommen, CPO. §§ 883, 884 (769, 770), so muß wie bei der alternativen Obligation nach § 264 mit der Vollstreckung das Bestimmungsrecht des Schuldners aufhören, nur daß ihm Einwendung gegen die Vollstreckung bleibt, durch die der Gläubiger mehr beigetrieben als er nach § 243 Abs. 1 zu fordern hat. Vgl. übrigens §§ 283, 326.

Die Bestimmung erfolgt nicht wie bei der Alternativobligation durch Willens=

erklärung des Schuldners (Wahl), sondern nach § 243 Abs. 2 durch die Erfüllungshandlung, die Parteien müßten dann, was nicht ausgeschlossen, anderes verabredet haben, oder sich anders einigen, z. B. daß der Schuldner die Sache ausscheiden und für den Gläubiger in Verwahrung nehmen soll. RG. 43 S. 183. Der § 243 Abs. 2 drückt dies dahin aus, daß wenn der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache, d. h. von mittlerer Art und Güte, Abs. 1 § 243, aus der Gattung Erforderliche gethan hat, sich das Schuldverhältniß auf diese Sache beschränkt. Damit ist die alte Kontroverse, ob für die erforderliche Spezialisirung beim Genusgeschäft die Ausscheidung oder die Anzeige davon oder die Lieferung entscheide, Jhering, Jahrb. 4 S. 366 ff., 3 S. 449 ff., im Sinne des gem. und des Preuß. R., und des C. c. art. 1246 entschieden. Vgl. auch SBGB. §§ 867, 750, 1091. Jn OHG. 22 S. 281 ist für Preuß. und Handelsrecht der Rechtssatz des § 243 Abs. 2 bereits mit den gleichen Worten aufgestellt. Vgl. auch OHG. 6 S. 102. StrA. 67 S. 344.

Was der Schuldner zur Leistung der Sache aus der Gattung zu thun hat, richtet sich nach der Natur und dem Jnhalt des Vertrages und nach dem Gesetz; durch den Jnhalt des Vertrages wird namentlich auch, worauf bereits hingewiesen, entschieden, was und in welcher Qualität der Schuldner aus der Gattung zu leisten hat, wenn § 243 Abs. 1 nicht anwendbar ist. Hat der Schuldner die Sache zu überbringen, so leistet er das Erforderliche erst mit dem Ueberbringen und Anbieten; hat der Gläubiger zu holen, was bei Genusschuld die Regel, so hat der Schuldner das Seinige gethan, wenn er den Gläubiger in die Lage versetzt, zu holen. Nach Art. 345 des alten HGB. geht beim Kauf die Gefahr der übersendeten Sache auf den Käufer mit der Uebergabe der Sache an den Spediteur, Frachtführer oder überhaupt zum Transport bestimmte Person über, wenn der Ort, nach dem zu senden, nicht der Erfüllungsort für den Verkäufer ist. Vgl. ALR. II 11 §§ 95, 128. Durch § 447 BGB. ist dieser Rechtssatz des Handelsrechts allgemeiner Rechtssatz geworden, der Art. 345 im neuen HGB. deshalb gestrichen. Aus dem Satz des § 447 BGB. (§§ 644 Abs. 2, 651) folgt, wie aus Art. 345 HGB. für das frühere Recht, daß der Schuldner mit der Absendung das Seinige im Sinne § 243 Abs. 2 nur gethan hat, wenn er zur Leistung nichts weiter zu thun hat. Hat er am Adreßort zu erfüllen, so genügt die Absendung so wenig, wie die bloße Ausscheidung und die Benachrichtigung davon. Jn StrA. 67 S. 344 hatte A Lieferung von Mauersteinen von seiner Ziegelei an B übernommen, einen Brand hergestellt, B den Brand besichtigt und gebilligt, A dann diesen Brand verkauft. B wollte deshalb vom Vertrage zurücktreten, weil A die Erfüllung unmöglich gemacht. Dies ist abgelehnt. Hier konnte die Vorzeigung des Brandes die Feststellung der Qualität, der Ausfallsprobe bedeuten, nach der zu liefern, aber auch die Spezialisirung der Feststellung der zu liefernden Sache enthalten, wenn beide Theile sich darüber ausdrücklich oder stillschweigend einigten, daß dieser Brand geliefert werden solle.

17. Mit dem Satze des § 243 Abs. 2 hängt zusammen und dient zugleich zu seiner Auslegung der Satz in § 300 Abs. 2, daß bei der Gattungsschuld die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger übergeht, in welchem er dadurch in Verzug geräth, daß er die angebotene Sache nicht annimmt. Daraus ergiebt sich, daß die Erfüllungshandlung des § 243 Abs. 2 stets als eine dem Gläubiger gegenüber vorgenommene zu denken ist; l. 1 § 1,

l. 5 D. 18, 6; l. 35 § 7 D. 18, 1. Von Annahmeverzug kann nicht die Rede sein, bevor der Schuldner nicht das Seine gethan hat. So wird also § 243 Abs. 2 immer dann vorliegen, wenn der Schuldner das geleistet hat, was erforderlich, um den Gläubiger in Annahmeverzug zu versetzen, §§ 293 ff., und dadurch die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen ist. Gefahrübergang und Spezialisirung der Sache aus der Gattung fallen regelmäßig zusammen.

Bis zu dem Zeitpunkt, in welchem feststeht, was Gegenstand der Leistung, d. h. was geschuldet, und zwar jetzt geschuldet wird, ist von Gefahr der Sache nicht zu reden; solche ist nur bei einer species, nicht bei der Gattung denkbar, die an sich nur ein Begriff ist. Nur darauf beruht die Wahrheit des bekannten Satzes genus non perit und § 279, wonach der Schuldner bei der Gattungsschuld durch subjektives Unvermögen von der Leistungspflicht nicht befreit wird, so lange objektiv Leistung aus der Gattung möglich ist, d. h. nicht die ganze Gattung untergegangen ist. Der Satz verliert deshalb auch seine Bedeutung in den früher erwähnten Fällen, wo die Gattung konkret durch besondere Merkmale so eingeschränkt ist, daß nicht mehr gesagt werden kann, die geschuldete Sache sei nur der Gattung nach bestimmt (Stück aus Heerde, Quantum aus Schiff, Faß u. a.). Auch wo der Fabrikant z. B. von Tuchen vertragsmäßig nicht Tuche überhaupt, sondern sein Fabrikat zu liefern hat, und nur dieses, kann Unmöglichkeit der Erfüllung durch Untergang dieses genus eintreten, wenn die Fabrik durch Zufall zerstört und die Fabrikation dadurch dauernd oder doch für einen solchen Zeitraum unmöglich gemacht wird, daß in Verbindung mit veränderter Konjunktur die Leistung dadurch für ihn eine andre wird. Für den Schuldner der Gattungsschuld handelt es sich vor der Spezialisirung der Sache nicht um die Gefahr der Sache, sondern um die Frage der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Erfüllung: §§ 282, 287 Satz 2, §§ 306 ff.

18. Mit dem Erfüllungsakt verwandelt sich nicht die Genusschuld in eine Speziesschuld, denn sie ist von Anfang an auf eine Speziesschuld gerichtet, sondern sie unterliegt nunmehr den Normen über jede Speziesschuld. Daher § 300 Abs. 2, § 447. Vorausgesetzt ist nur, daß die Bestimmung, die der Schuldner durch den Erfüllungsakt getroffen, dem Gesetz oder dem Vertrage entspricht, daß die bestimmte Sache zur Zeit der Bestimmung, SBGB. § 900 Satz 2, OHG. 22 S. 285, 23 S. 145, dem Gesetz oder dem Vertrage entsprach, und als Erfüllung angenommen werden muß oder angenommen wird oder als angenommen zu gelten hat. §§ 362, 466 ff. l. 85 § 4 D. 45, 1. l. 9 § 1. l. 34 § 1 D. 46 § 3. HGB. §§ 377, 378. Liegt dies nicht vor, so hat der Schuldner die ihm obliegende Bestimmung, § 243 Abs. 1, noch nicht getroffen, und es folgt aus der Natur der Gattungsobligation, anders als bei der Speziesobligation, daß er noch nicht, nicht bloß mangelhaft erfüllt hat. Das BGB. zieht diese Konsequenz, indem es in §§ 480, 491 (493, 651) bei Kauf, Tausch und andern lästigen Verträgen dem Gläubiger das Recht giebt, an Stelle der gelieferten mangelhaften eine andre mangelfreie zu verlangen. Es läßt es dem Gläubiger aber offen, die Nichterfüllung als mangelhafte Erfüllung zu behandeln und Gewährleistung im Wege der Wandelung oder Minderung zu fordern. Vgl. darüber das Nähere zu §§ 459 ff. Aehnliche Vorschriften enthalten die §§ 524, 2183 für Schenkung und Vermächtniß einer Gattungssache. Damit ist eine lebhafte bisherige Kontroverse entschieden, übrigens im Sinne der Praxis des OHG. und des Reichs-

gerichts. Vgl. OHG. 4 S. 183, 5 S. 252, 399; 6 S. 188. Goldschmidt, Zeitschr. 19 S. 98. RG. 6 S. 189, 12 S. 84, 34 S. 191, 36 S. 229.

19. Aus der Natur der Genusobligation folgt aber nicht, daß der Gläubiger verpflichtet ist, an Stelle der vom Schuldner vertragswidrig bestimmten Leistung, weil damit nicht erfüllt, andre Leistung als Erfüllung anzunehmen. RG. 36 S. 229. Das kann nur zugestanden werden, wenn die Ablehnung andrer Waare gegen Treu und Glauben, § 242, verstoßen würde, z. B. wenn die mangelhafte Sendung auf Irrthum beruhte und das berechtigte Interesse des Gläubigers an der Erfüllung durch das Angebot andrer Leistung ganz unberührt bleibt.

Ebenso wenig folgt aus der Natur der Genusobligation, daß der Schuldner an seine Bestimmung der Sache gebunden ist, wenn er sie ordnungsmäßig getroffen, der Gläubiger aber die Annahme zu Unrecht abgelehnt hat. Das Bestimmungsrecht des Schuldners soll ihm dienen, aber nicht zu seinem Nachtheil gereichen. Wollte der Gläubiger in solchem Falle dem Erfüllungsanspruche entgegensetzen, daß er Anspruch auf die vom Schuldner zuerst bestimmte Leistung habe, der Schuldner diese aber nicht mehr leisten kann, z. B. weil er sie anderweit veräußert, so würde diese Einrede geradezu dolos sein, und darauf, daß die spätere Erfüllung für ihn keine Erfüllung mehr, kann sich der Gläubiger nicht berufen, weil er sie selbst herbeigeführt hat. Im Zusammenhange damit steht, daß für den Selbsthilfeverkauf in Art. 343 HGB. I, § 373 HGB. II nicht erforderlich, daß der Verkäufer die angebotene, aber abgelehnte Waare zum Verkauf stellt. OHG. 2 S. 410, 21 S. 76, 7 S. 281.

III. Geldschulden. E. I §§ 215, 216. II §§ 208, 209. III §§ 237, 238. W. 2 § 256. D. P. 2 § 26. D. BR. 2 §§ 13—16. Eccius 1 § 91. Endemann 1 § 121. Cosack 1 § 45. Cr. 2 § 8.

20. Für Geldschulden stellen die §§ 244, 245 zwei generelle Rechtssätze auf:

a. Im Inlande vom Inländer oder Ausländer zahlbare Geldschulden kann (nicht muß, Entw. I § 215 Abs. 1) der Schuldner in Reichswährung zahlen, auch wenn die Schuld in ausländischer Währung ausgedrückt ist, unter Berücksichtigung des Kurswerthes, der zur Zahlungszeit für den Zahlungsort maßgebend ist, d. h. am Zahlungsort oder für ihn gilt. Diese Befugniß des Schuldners, fac. altern., ist nur ausgeschlossen, wenn Zahlung in der ausländischen Währung ausdrücklich, z. B. durch Zusätze, wie „effektiv" oder „nur" u. a. bedungen ist. Der in Abs. 3 § 215 Entw. I ebenso geregelte Fall, daß die im Inlande zahlbare Schuld in Reichswährung ausgedrückt, aber in ausländischer Währung zu zahlen und umzurechnen ist, wird kaum je vorkommen, ist deshalb im BGB. gestrichen. Die Umrechnung muß erfolgen, damit der Gläubiger erhält, was er am Zahlungsort zur Zeit der Zahlung in der ausländischen Währung erhalten haben würde. Der Rechtssatz ist nicht neu. ALR. I 11 § 785; 16 §§ 78, 79, 81. SBGB. §§ 665 ff. HGB. I Art. 336 Abs. 2 (im HGB. II gestrichen). WO. Art. 37. C. d. comm. art. 143 anders. ALR. I 11 § 786 ließ bei Darlehen für die Umrechnung den Kurs zur Zeit des geschlossenen Vertrages entscheiden.

b. Im Inlande mit bestimmter Münzsorte zahlbare Geldschuld ist, wenn die Münzsorte (inländische oder ausländische) sich zur Zahlungszeit überhaupt nicht mehr im Umlaufe befindet, so zu zahlen, als ob die Münzsorte näher

nicht bestimmt wäre, d. h. in Reichswährung. Die Bestimmung der Münzsorte, z. B. Friedrichd'ors, Napoleons, Sovereigns u. a., gilt als nicht geschrieben. Bei Geldschulden gilt dies auch dann, wenn die Münzsorte ausdrücklich bedungen ist. Es versteht sich von selbst, daß der Schuldner, der Geld zu zahlen hat, nicht dadurch befreit ist, daß die Zahlung in der Münzsorte nicht möglich ist, weil die Münzsorte fehlt. RG. 6 S. 127. ALR. I 16 § 81. SBGB. § 670. Art. 336 Abs. 2 HGB. I und Art. 37 WO. setzen den anderen Fall voraus, daß die effektiv bedungene Münzsorte nur am Zahlungsorte, nicht überhaupt, nicht im Umlauf ist. Anders liegt die Sache, wenn die Geldsortenschuld keine Geldschuld, sondern eigentliche Geldsortenschuld ist. Vgl. unter 2. Wie im Auslande zahlbare Geldschuld zu zahlen, sagt das BGB. nicht, überläßt die Entscheidung den Grundsätzen des internationalen Privatrechts.

21. Geldschuld im Sinne der §§ 244, 245 ist die Schuld aus einem Schuldverhältniß, dessen Gegenstand ein Geldbetrag, eine Geldsumme, ist, das durch das Rechtsgeschäft der Zahlung der Geldforderung erlischt. Geldschuld ist die Kaufpreisschuld, §§ 452, 453 (§ 515), die Schuld aus in Geld empfangenem Darlehn, § 607, die Schuld aus Anweisung auf Geld, § 783, aus Schuldverschreibung über Zahlung einer bestimmten Geldsumme auf den Inhaber, § 795, die Schuld aus Geldvermächtniß, § 2174. Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld können nur Geldschulden sein, §§ 1113, 1191, 1199; in das Schiffsregister kann nur Forderung in Geld eingetragen werden, § 1260 Abs. 2. Die Verpflichtung, Schadensersatz zu leisten, ist, wenn nicht zu restituiren und der Schaden nicht Vermögensschaden, eine Geldschuld nach §§ 251—253, 843—847, 912 Abs. 2 u. ff., ebenso die Unterhaltspflicht. §§ 1351, 1361, 1578, 1580, 1612, 1710. Geldschuld ist die Wechselschuld, WO. Art. 4, 92, die Einzahlungspflicht auf Aktien, die nach Art. 176, 210 HGB. I, § 195 Abs. 3 Satz 2 HGB. II durch Zahlung in deutschem Geld, Reichskassenscheinen, gesetzlich zugelassenen Banknoten zu erfüllen ist. Andere Fälle der Geldschuld ergeben sich aus den §§ 473, 733, 753, 1475, 1477, 1498, 1546, 1549, u. a. Gattungsschuld ist die Geldschuld nicht; § 243 Abs. 1 u. 2 hätten in ihrer Anwendung auf Geldschuld keinen Sinn; bei der Geldschuld handelt es sich nicht um mehrere der Qualität nach möglicherweise verschiedene Sachen (Stücke) der Gattung Geld, durch deren Leistung das Schuldverhältniß auf das Geleistete konzentrirt wird, sondern um eine Summenschuld, die durch die Leistung (Zahlung) getilgt wird.

22. Für solche Geldschuld stellt das BGB. neben den §§ 244, 245 den allgemeinen Rechtssatz auf, daß das Geld im Zweifel vom Schuldner auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln, § 270, daß sie während des Verzugs des Schuldners und von der Rechtshängigkeit ab zu verzinsen, §§ 288, 291, 347, daß die Zinspflicht während des Gläubigerverzugs fortfällt, § 301. Den Gegensatz zur Geldschuld in diesem Sinne bildet der Fall, wo Geld, inländisches oder ausländisches, nicht als Summe und Werth, sondern als Waare, ALR. I 16 § 80, oder als Gegenstand eines Schuldverhältnisses in Betracht kommt, das nicht durch das Rechtsgeschäft der Zahlung, sondern durch Lieferung, Uebergabe oder Rückgabe in specie, in natura, durch Verarbeitung (Schmuck aus Geldstücken) gelöst wird. In diesem Sinn kann Geld Gegenstand des Kaufs, der Verwahrung, des receptum, der Leihe, des Frachtvertrages, des Werkvertrags sein. Der später gestrichene § 248 Abs. 3 Entw. I bestimmte, daß die Abs. 1 u. 2 über die Zinspflicht bei Geldschulden

auch anzuwenden, wenn bestimmte Geldstücke zu leisten. Gemeint war wohl die eigentliche Geldsortenschuld, wo Gegenstand des Schuldverhältnisses eine bestimmte Menge bestimmter Münzen, eine Gattungsschuld, für welche das BGB. mit Recht so wenig besondere Bestimmungen giebt, wie für den Fall, wo Geld als species Gegenstand der Obligation. §§ 243, 279. Ob Geldschuld im Sinne der §§ 244, 245 vorliegt, wird stets sicher von dem Gesichtspunkte aus zu entscheiden sein, ob sie durch Zahlung zu tilgen, und ob die Unmöglichkeit der Leistung die Aufhebung bewirken kann.

23. Die Reichswährung, auf welche die §§ 244, 245 verweisen, ergiebt sich aus dem Ges. v. 4. Dez. 1871 (RGBl. S. 404) in Verbindung mit dem Münzges. v. 9. Juli 1873 (RGBl. S. 233) und dessen Ergänzungen, die auch in Elsaß-Lothringen und auf Helgoland gelten. RVerf. Art. 4 Nr. 3, 4. RGes. v. 20. April 1874 (RGBl. S. 35), v. 28. Febr. 1892 (RGBl. S. 315), v. 6. Juni 1876 (RGBl. S. 3). Die deutsche Münzverfassung beruht darnach auf der Goldwährung und der Mark als Rechnungseinheit mit der erheblichen Modifikation, daß die bis Ende 1867 geprägten österreichischen Vereinsthaler (Ges. v. 20. April 1874, 6. Januar 1876, 28. Febr. 1892) und die Thalerstücke deutschen Gepräges wie die Reichsgoldmünzen unbeschränkt gesetzliches Zahlungsmittel waren, d. h. wie Gold zum Nennwerth von 3 M. genommen werden mußten, Art. 9 des Münzgesetzes auf sie nicht Anwendung fand, nach welchem Niemand verpflichtet, Reichssilbermünzen im Betrage von mehr als 20 M. (Nickel und Kupfer im Betrage von mehr als einer Mark) in Zahlung zu nehmen. Erst durch die Bekm. v. 8. Nov. 1900 (RGBl. S. 1013) haben die bis Ende 1867 in Oesterreich ausgeprägten Vereinsthaler (Doppelthaler) die Eigenschaft des gesetzlichen Zahlungsmittels verloren. Vom 1. Januar 1901 ab ist im Privatverkehr Niemand verpflichtet, sie in Zahlung zu nehmen; nur bis 31. März 1901 nahmen die Reichs- und Landeskassen sie zum Werthe von 3 M. in Zahlung und zum Umwechseln an. Die Thalerstücke deutschen Gepräges haben ihre alte Stellung bisher behalten; nach dem Ges. v. 6. Juni 1876 kann der Bundesrath sie den Reichssilbermünzen unter der Werthberechnung zu 3 M. gleichstellen. Das ist bisher nicht geschehen. Dagegen sind alle Silberkurantmünzen deutschen Gepräges, alle anderen Münzen der Thalerwährung, alle nach der Zwölftheilung des Groschens und nach dem Marksystem ausgeprägten Scheidemünzen, die bayerischen Hellerstücke, die früheren deutschen Goldkronen, Landesgoldmünzen, alle ausländischen Goldmünzen, alle groben Silbermünzen irgend einer Währung, Münzges. Art. 15, 16, inzwischen außer Kurs gesetzt. Bezüglich Elsaß-Lothringens vergl. Ges. v. 15. Nov. 1874 (GesBl. f. E.-L. S. 39). Koch, die Reichsgesetzgebung über Münzwesen (1898) S. 47. Für Helgoland vgl. V. v. 22. März 1891 (RGBl. S. 21).

Ueber Feingehalt (Korn) und Gewicht (Schrot), Normal- und Passirgewicht, die Ausprägung geben das Ges. v. 4. Dez. 1871 und das Münzges. Vorschriften, über die Prägung von Reichsgoldmünzen auf Privatrechnung: Münzges. Art. 12 und die Bekm. des Reichskanzlers v. 8. Juli 1875 (Centralbl. S. 348). Der § 8 des Ges. v. 4. Dez. 1871 bestimmte, daß alle gesetzlich in Silbermünzen der früheren deutschen Währungen zu leistenden Zahlungen in Reichsgoldmünzen nach bestimmten Umrechnungen geleistet werden können. Die Reichswährung ist durch V. v. 22. Sept. 1875 (RGBl. S. 303) mit dem 1. Januar 1876 für das Reichsgebiet in Kraft ge-

setzt, auf Grund des Art. 1 des Münzges. in Preußen schon mit dem 1. Juni 1875. Neben dem erwähnten Art. 9 des Münzges. über die beschränkte Verpflichtung, im Privatverkehr Reichssilbermünzen und Nickel und Kupfer zu nehmen, und dem inzwischen wesentlich geänderten Art. 15 über die Verpflichtung zur Annahme von deutschen (österr.) Münzen an Stelle der Reichsmünzen, ist der Art. 14 von Bedeutung, der bestimmt, daß alle in anderer gesetzlicher Währung zu leistenden Zahlungen vom Inkrafttreten der Reichswährung an in Reichsmünzen zu leisten sind, die Verrechnung der früheren Goldmünzen in Reichsgoldmünzen nach dem Verhältniß des gesetzlichen Feingehalts, ferner das Verhältniß der Umrechnung der Thaler, der Gulden süddeutscher Währung, der Münzen der hamburgischen und lübischen Kurantwährung in Mark ordnet, und Bestimmung für den Fall trifft, daß nach Eintritt der Reichswährung Zahlungsverpflichtungen nach früherer Währung übernommen werden. Der Art. 13 giebt dem Bundesrath die Befugniß, den Kurswerth fremder Gold- und Silbermünzen für den inländischen Privatverkehr zwingend zu bestimmen und den Umlauf fremder Münzen zu untersagen, von welcher Befugniß mehrfach Gebrauch gemacht ist. Vgl. Koch a. a. O. S. 38 Anm. 26.

24. Ueber die Frage, wie eine Geldschuld außer dem durch Art. 14 des Münzgesetzes geordneten Fall umzurechnen, sobald Münzwesen, Münzsorte, Münzfuß, Währung sich ändern, und die Grundsätze für Umrechnung früherer Schuld in die neue Währung nicht gesetzlich fixirt sind, giebt das BGB. keine Vorschriften und konnte sich deren auch ohne Nachtheil enthalten. Das Gesetz wird es schwerlich an Vorschriften darüber fehlen lassen. Das ALR. enthält darüber Vorschriften in I 11 §§ 787, 788 und in der Dekl. v. 27. Sept. 1808 (Rabe Bd. 9 S. 287), die keine Bedeutung mehr haben. Aus dem Art. 14 Münzges. ist der Grundsatz zu entnehmen, daß bei Veränderung der Währung (Silber, Gold) die Umrechnung nach dem Verhältniß des Werthes von Gold und Silber zur Zeit der Aenderung, bei Veränderung des Münzfußes nach dem Verhältniß des Feingehalts zu erfolgen hat.

25. Geld ist auch das Papiergeld, in ALR. I 2 § 11 als gemünztes Papier bezeichnet, im Gegensatz zu den Schuldverschreibungen und Schatzanweisungen des Reichs, die in Buchschulden verwandelt werden können. RGes. betr. das Reichsschuldbuch v. 31. Mai 1891 (RGBl. S. 321). Das BGB. sagt darüber nichts. Der Art. 18 des Münzges. bereitete die Regelung des Papiergeldwesens im Reich durch die Bestimmung vor, daß bis 1. Januar 1876 alle nicht auf Reichswährung lautenden Banknoten einzuziehen seien, ebenso alles Papiergeld der einzelnen Bundesstaaten, Reichspapiergeld nach Maßgabe eines Reichsgesetzes zur Ausgabe gelangen solle. Darauf erging das RGes. v. 30. April 1874 (RGBl. S. 40) betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen in Abschnitten von 5, 20 und 50 M. zum Gesammtbetrage von 120 Millionen M., die auf die einzelnen Bundesstaaten zu vertheilen. Der § 5 des Ges. bestimmt, daß im Privatverkehr Niemand gezwungen, sie anzunehmen, dagegen alle Reichs- und Landeskassen sie in Zahlung annehmen und die Reichshauptkasse sie jederzeit gegen baar einlöst. Gesetzliches Zahlungsmittel ist der Reichskassenschein danach nicht, aber immerhin Zahlungsmittel und in HGB. II § 195 Abs. 3 Satz 2 ausdrücklich als solches bezeichnet. HGB. I Art. 176, 210. Das Banknotenwesen beruht im Reich jetzt auf dem Bankges. v. 14. März 1875 (RGBl. S. 177), dem das s. g. Banknotensperrges. v. 27. März 1870 (BGBl. S. 51) und das Ges. v. 21. Dez. 1874 (RGBl. S. 193) betr. die Ausgabe von

Banknoten vorausgingen. Wichtig ist besonders die Bestimmung in § 2, daß keine Verpflichtung besteht, Banknoten bei Zahlungen, die gesetzlich in Geld zu leisten, anzunehmen, selbst für Staatskassen durch Landesgesetz nicht begründet werden kann, so daß Zwangskurs von Banknoten ausgeschlossen ist. Nur die ausgebende Bank ist verpflichtet, ihre Noten (zu 100, 200, 500, 1000 und das Mehrfache von 1000 M.) zum vollen Nennwerth einzulösen und in Zahlung zu nehmen. Neue Bankprivilegien können nur durch Reichsgesetz ertheilt werden, wovon bisher kein Gebrauch gemacht ist. Von den früher bestandenen zahlreichen Privatnotenbanken bestehen zur Zeit nur noch sieben. Vgl. Koch a. a. O. S. 80, 82 Anm. 26. Im § 16 ist der Reichsbank das Recht ertheilt, nach Bedürfniß ihres Verkehrs Banknoten auszugeben, die nach § 17 gedeckt sein, von ihr gegen kursfähiges deutsches Geld eingelöst werden müssen. § 18. Ueber die bestehenden Privat-Notenbanken giebt das Bankges. in den §§ 42 ff. Vorschriften mit stark beschränkenden Bestimmungen über die Befugniß zur Ausgabe von Banknoten, den Verlust und die Entziehung der Befugniß (auf Klage des Reichskanzlers oder einer Bundesstaatsregierung durch gerichtliches Urtheil). Das Gesetz sieht die Abtretung der Preußischen Bank an das Reich vor, §§ 61 ff., die sodann durch Vertr. v. 17./18. Mai 1875 (RGBl. S. 215) erfolgt ist. PrGesS. 1875 S. 224, 368). Von Bedeutung ist noch das Statut der Reichsbank v. 21. Mai 1875 (RGBl. S. 203) nebst den Aenderungen vom 7. Juni 1899 (RGBl. S. 311) und v. 3. Sept. 1900 (RGBl. S. 793).

26. Von Geld spricht das BGB. an zahlreichen Stellen als Gegenstand verzinslicher Anlegung, §§ 1806 ff., 1852 (EG. Art. 212), §§ 1079, 1288, 1377, 1525, 1550, 1642, 2119, als Gegenstand der Anweisung, der Hinterlegung, §§ 783, 232, 372, 1960, des Eigenthumserwerbs, wo es seine besondere Behandlung durch Ausschluß der Vindikation auch im Falle es gestohlen, erfährt, § 935 Abs. 2 (§§ 1006, 1007), als Gegenstand des rec. der Gastwirthe, wo es auch besonders behandelt wird, § 702, des Eheguts, §§ 1376, 1377 (§§ 1525, 1550), des Kindesguts, §§ 1653, 1642, der Kreditaufnahme, §§ 1643, 1822, des Vermächtnisses, § 2173. Keine besondere Behandlung erfährt das Geld als Gegenstand der Vermischung, vgl. §§ 947, 948, und des Faustpfandes. Vgl. Entw. I § 1168. In allen diesen Fällen handelt es sich um Geld als Umsatz- und Verkehrsmittel ohne Unterschied zwischen inländischem und ausländischem Geld; bei solcher Unterscheidung würde es für zahlreiche Fälle an jeder gesetzlichen Bestimmung fehlen. Vergl. namentlich zu §§ 372 ff.

IV. Zinsen. §§ 246—248. E. I §§ 217, 358. II §§ 210—212. III §§ 240 bis 242. EG. Art. 39. ALR. I 11 §§ 803—826; 827—834, 835—852. II 20 §§ 1271, 1272. SBGB. §§ 673—688. C. c. art. 1153—1155; 1904; 1905—1908. W. 2 §§ 259—261. D. P. 2 §§ 28—30; Pr.Pr. 2 §§ 34—38; D. BR. §§ 18—23. Eccius 1 § 68. Grützmann 2 § 131. Crome 2 § 9. Endemann 1 § 122. Cosack 1 § 89.

27. Das BGB. sagt nicht, was unter Zinsen zu verstehen; der Begriff wird vorausgesetzt, ist deshalb aus dem bisherigen Recht und der Verkehrsanschauung in Verbindung mit einzelnen Vorschriften des BGB. zu entnehmen. ALR. I 11 § 803. SBGB. § 673. C. c. art. 594, 1905. Im gemeinen Sinn und im Sinne aller Rechte setzt Zins stets eine Hauptforderung voraus (Kapitalforderung), von der er regelmäßig prozentual und für das Jahr zu entrichten ist. § 246. (Ist „eine

Schuld" zu verzinsen). Darum sind Renten keine Zinsen, weil sie nicht aus und neben einem Kapital geschuldet werden, auch nicht Dividenden, weil sie Gewinnantheile sind, HGB. II § 215. Deshalb sagt § 121 HGB. II, abweichend von HGB. I Art. 106 und korrekter, nicht, daß dem Gesellschafter Zinsen zu 4 Prozent von seinem Geschäftsantheil, der keine Kapitalforderung ist, zu zahlen, sondern daß ihm von dem Jahresgewinn ein Antheil in Höhe von 4 Prozent seines Kapitalantheils zusteht. Die sog. Bauzinsen in HGB. I Art. 217, HGB. II § 215, OHG. 22 S. 12, sind positiver und exceptioneller Natur. Gewöhnlich ist die Hauptforderung eine Geldforderung, SBGB. § 673, aber wie das gem. und das Preuß. R. setzt auch das BGB. in § 246 nur eine Schuld, keine Geldschuld voraus, wenn es auch gesetzliche Zinsen insbesondere Verzugszinsen, Prozeßzinsen nur bei Geldschulden kennt. §§ 288, 291. Lassen die §§ 607, 608 verzinsliches Darlehn vertretbarer Sachen zu, so muß vertragsmäßige Verzinsung einer Forderung auf vertretbare Sachen auch sonst zugelassen werden. Vgl. § 396 Abs. 2. Bei Hingabe unvertretbarer Sachen und wenn die Zinsen nicht gleichartig der Hauptleistung sind, spricht der Verkehr nicht von Zinsen, obwohl auch die Entschädigung bei Miethe und Pacht Zins genannt wird, § 535.

Vom Standpunkte des Gläubigers aus sind Zinsen der Nutzertrag des Kapitals, Nutzungen, civile, juristische Früchte, l. 34 D. 22, 1, C. c. art. 584; SBGB. § 13, ALR. I 2 § 110 und so faßt sie auch das BGB. auf, § 99 Abs. 3, § 100, § 101 Nr. 2. Die Verzinslichkeit qualifizirt die Hauptforderung wie eine fruchttragende Sache. Der Zins tritt der Forderung hinzu, wie die Frucht zur Hauptsache, stellt ihren Ertrag dar, macht ihren Ertragswerth aus, hat daneben aber wie die Frucht seine selbständige Zweckbestimmung. Vgl. Bd. I S. 91. In diesem Sinne sind die sog. Amortisationszinsen (Zuschläge zum Zins behufs allmählicher Kapitalstilgung) auch nach BGB. keine Zinsen, wenn sie auch in § 197 wie solche behandelt werden. Vgl. § 10 Nr. 4 des Zw.Verst.Ges. v. 24. März 1897. Damit und mit der Abhängigkeit der Zinsen vom Kapital wie der Frucht von der fruchttragenden Sache hängt zusammen, daß das BGB. Antichrese auch an zinstragenden Forderungen zuläßt, wenn es auch die Vermuthung des § 1213 Abs. 2 nur für Pfandrecht an von Natur fruchttragenden Sachen aufstellt, § 1273 Abs. 2, §§ 1279, 1280, daß das Faustpfand auch für die Zinsen der Forderung haftet, § 1210, daß das Pfandrecht an einer Forderung sich auf die Zinsen derselben erstreckt, §§ 1289, 1296 (Zinsscheine), daß aus Hypothek und Grundschuld das Grundstück auch für die Zinsen der Forderung haftet, für rechtsgeschäftliche freilich nur bei Eintragung der Zinspflicht und des Zinssatzes, §§ 1115, 1118, 1119, 1264, daß der Bürge gemäß § 767 auch für die Zinsen haftet.

Wie ohne fruchttragende Sache natürliche Frucht nicht denkbar, fällt rechtlich die Möglichkeit der civilen Frucht fort, wenn die Hauptforderung rechtlich nicht entstanden ist (nichtige Forderung, § 142 Abs. 1), oder nachträglich fortgefallen ist und nicht mehr besteht. OHG. 20 S. 343 (Unmöglichkeit der Erfüllung, Rückforderung). Getilgte Forderung trägt von der Tilgung ab, im Falle der Hinterlegung im Sinne des § 378 von der Hinterlegung ab, keine Zinsen mehr, § 389 (Aufrechnung). Vorher verfallene Zinsen haben wie die getrennte natürliche Frucht selbständige Existenz, aber nach der positiven Bestimmung des § 224 verjährt mit der Verjährung der Hauptforderung auch der Anspruch auf die bis zu dieser Verjährung verfallenen Zinsen, selbst wenn sie für sich noch nicht verjährt wären. Vgl.

Bd. I S. 332. Abgesehen hiervon unterliegen Zinsen nach § 197 selbständig der Verjährung, §§ 218, 223 Abs. 3, und allen andern Aufhebungsgründen. §§ 362 ff. Einen exceptionellen Aufhebungsgrund statuirt Art. 4 des Wuchergeſ. v. 19. Juni 1893. (Verlust des Jahreszinses durch Nichtertheilung des Rechnungsauszugs.) Nach § 803 bleiben Zinsscheine für Schuldverschreibungen auf den Inhaber in Kraft, wenn auch die Hauptforderung erloschen oder die Zinspflicht nachträglich aufgehoben oder verändert wird, wenn nicht der Zinsschein selbst anders bestimmt. Der Zinsschein gewährt dem Zins eine besondere unabhängige selbständige Existenz, der Natur des Inhaberpapiers entsprechend, wie es der Zinsschein ist. Hinterlegte Forderung trägt im Falle des § 379 keinen Zins, weil sie dem Gläubiger zur eigenen Fruchtziehung zur Disposition steht, und aus demselben Grund fällt die Zinspflicht dem Gläubiger im Verzuge gegenüber fort. § 301. Aus der rechtlichen Natur des Zinses als eines von der Hauptforderung abhängigen und mit derselben zusammenhängenden Anspruchs rechtfertigt sich ferner, daß der Gläubiger Zahlungen, die zur Tilgung von Kapital und Zins nicht ausreichen, nach § 367 an erster Stelle (hinter den Kosten) auf die Zinsen verrechnet, nicht auf das Kapital, und die Annahme der Leistung, wenn der Schuldner andere Anrechnung verlangt, ablehnen kann. Die Anrechnung auf das Kapital würde dem Gläubiger ohne Entschädigung das zinstragende Kapital kürzen. Vgl. zu §§ 266, 367 über die Frage, ob der Gläubiger die Annahme rückständiger Zinsen nach Fälligkeit des Kapitals ohne Angebot des Kapitals als Theilleistung ablehnen kann. Da es ohne Kapital keinen Zins giebt, wird konsequent nach § 208 durch Zinszahlung die Verjährung des Kapitals unterbrochen wie durch Anerkenntniß.

28. Vom Standpunkt des Schuldners aus ist der Zins eine Entschädigung, die er dem Gläubiger dafür entrichtet, daß dieser ihm das Kapital zur Nutzung überläßt oder die Nutzung des Kapitals entbehrt. Das trifft namentlich bei den auf gesetzlicher Bestimmung beruhenden Zinsen zu, die stets eine Entschädigung für das Entbehren des Kapitals, der Hauptleistung, darstellen und von dem rechtsgeschäftlichen Zins sich dadurch unterscheiden, daß sie nur entstehen und fortlaufend fällig werden, wenn die Hauptleistung fällig geworden ist, vgl. § 452, während die Natur der rechtsgeschäftlichen Zinsen als Frucht gerade darauf beruht, daß sie in wiederkehrenden Terminen vor oder mit der Hauptleistung verfallen. Ist die Entschädigung rechtsgeschäftlich bedungen, z. B. bedungen, daß der Zins sich bei nicht pünktlicher Zins- oder Kapitalzahlung erhöht, so ist der erhöhte Zins nichts als vorbedungener Zins. StrA. 1 S. 213. RG. 37 S. 274, 276. Vorbedungene Entschädigung für Stundung, Stehenlassen des Kapitals ist Zins nicht bloß im Sinn der Wuchergesetze, Ges. v. 24. Mai 1880, 19. Juni 1893, StrA. 19 S. 193, und Provision neben Zins ist Zins, wenn sie nicht etwa nur für die Beschaffung des Kapitals versprochen, sondern Entschädigung für die Gewährung ist. OHG. 22 S. 409. ObTr. 76 S. 99. (Monatsprovision, Halbjahrsprovision neben Zins). Die Bezeichnung kann keinen rechtlichen Unterschied begründen. Von Bedeutung ist dies für die Verjährung und für die Anwendung der §§ 63 Nr. 3, 62 Nr. 1 KonkO., Zw.Verst.Ges. v. 24. März 1897 § 12, CPO. §§ 4, 321, wonach Kapital und Zins an derselben Stelle rangiren (Ausnahme für mehr als zweijährige Rückstände in § 10 Nr. 4, 8 Zw.Verst.Ges.), Zinsen im Konkurse nur bis zur Eröffnung des Konkurses berücksichtigt werden, bei

der Berechnung des Streitobjekts nicht in Betracht kommen, soweit sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden, d. h. mit und neben dem Kapital. CPO. § 4.

29. Das BGB. macht keinen Unterschied in der Behandlung dieser beiden Arten von Zinsen. Beide haben neben der Hauptverbindlichkeit ihre Existenz. Vgl. § 301. Das ALR. unterwarf der kurzen Verjährung nur die vorbedungenen Zinsen, I 11 § 849, § 2 Nr. 5 Ges. v. 31. März 1838; anders das BGB. § 197. Das ALR. I 11 §§ 842 ff., das SBGB. § 675, und das gem. R. machten wesentliche Unterschiede zwischen vorbedungenen und gesetzlichen Zinsen in Bezug auf die Wirkung der Annahme oder Einklagung des Kapitals ohne Zinsen mit oder ohne Vorbehalt und die selbständige Klagbarkeit. Nach SBGB. § 675 können gesetzliche Zinsen nur so lange die Hauptforderung besteht und mit der Klage auf dieselbe gefordert werden. Das galt auch gemeinrechtlich, wenn der Zinsanspruch nicht vorbehalten war. Nach ALR. tilgt vorbehaltlose Quittung über das Kapital jeden Zinsanspruch (mit Ausnahme der Judikatzinsen), sind vorbedungene Zinsen bis zu solcher Quittung ohne, vor und nach Einklagung des Kapitals selbständig klagbar, nicht eingeklagte Verzugszinsen, auf die der Richter nicht erkannt hat, nicht nachzufordern, Verzugszinsen sonst vor Einklagung oder Tilgung des Kapitals einklagbar. Gemeinrechtlich ist dies bekanntlich sehr kontrovers. Vgl. RE. 2 Nr. 217 S. 349 ff. und RG. 3 S. 351, 42 S. 121. Nach BGB. lassen sich alle solche Streitfragen nicht aufwerfen, weil sich aus seinen Vorschriften nichts für die Unterscheidung vorbedungener und gesetzlicher Zinsen ableiten läßt. Das BGB. sagt nichts davon, daß vorbehaltlose Annahme (Quittung) des Kapitals den Zinsanspruch irgend einer Art tilgt. Ueber die Wirkung mangelnden Vorbehalts verfügt es nur in den §§ 341 Abs. 3, 464, 493, 515, 640, 651. Noch weniger kann nach seinen Vorschriften ein Unterschied bezüglich der Klagbarkeit hergeleitet werden. Selbstverständlich ist aber, daß die Umstände des Falls zu der Auslegung führen können, daß der Gläubiger erlassen, verzichtet habe, wenn er das Kapital ohne Vorbehalt angenommen hat, ebenso wie aus der fortgesetzten Annahme niedrigerer Zinsen geschlossen werden kann, daß der Zinsfuß für Vergangenheit und Zukunft vertragsmäßig herabgesetzt ist.

30. Zinsen verstehen sich auch nach BGB. nicht von selbst; sie müssen durch Rechtsgeschäft (Vertrag, letztwillige Verfügung) bedungen oder durch das Gesetz festgesetzt sein. § 246. Vgl. RG. 24 S. 141. Richterliches Urtheil kennt das BGB. als selbständige causa der Zinsverbindlichkeit, abweichend von dem bisherigen Recht, nicht. ALR. I 11 §§ 821, 844, 1079—1081. SBGB. § 674. Durch Zahlung von Zinsen kann eine thatsächliche Vermuthung begründet werden, daß Zins bedungen; aber Zinsverbindlichkeit entsteht dadurch nicht, noch weniger Kapitalverbindlichkeit, wenn auch für das Bestehen einer Kapitalschuld daraus eine thatsächliche Vermuthung entstehen kann. ALR. I 11 § 839 (Kapitalersitzung). Das rechtsgeschäftliche Versprechen von Zins bedarf abweichend vom ALR. I 11 §§ 730, 824 keiner Form, und das Versprechen von Zins ohne Angabe des Zinsfußes gilt nach § 246 wie nach ALR. I 11 §§ 731, 840 als das Versprechen des gesetzlichen Zinsfußes von 4 Prozent. Vgl. HGB. II § 352 Abs. 1 Satz 2. Bei der Eintragung der Hypothek für verzinsliche Forderung muß der Zinssatz eingetragen werden wie bei verzinslicher Grundschuld, um das Grundstück haftbar zu machen. §§ 1115, (1119 Absatz 1), 1192.

Gesetzliche Zinsen zahlt nach BGB. der Schuldner im Verzuge und von

der Rechtshängigkeit ab, §§ 288, (1146), 291, der Käufer von der Uebergabe (früheren Eintragung als Eigenthümer) ab, § 452 (446), der Ersteher in der Zwangsversteigerung vom Zuschlage ab, Zw.Verst.Ges. v. 24. März 1897 §§ 90, 49 Abs. 2, der Besteller von der Werkvergütung von der Abnahme des Werks ab, § 641, in beiden Fällen wenn nicht gestundet. Ferner zahlt Zinsen, wer Auslagen zu ersetzen hat, von der Aufwendung ab, § 256, wer in Folge Rücktritts empfangenes Geld zurückzugeben hat, von der Zeit des Empfanges ab, § 347, wer fremdes Geld, das er herauszugeben oder für einen Anderen zu verwenden hat, für sich verwendet, von der Verwendung ab, §§ 668, 675, 681, 687, (§ 27 Abs. 3, § 86), 698, 713, 1834 (Beauftragter, Geschäftsführer, Verwahrer, Gesellschafter, Vormund), wer wissentlich sine causa empfangen und deshalb zurückzugeben hat, vom Empfange ab, § 819, wer wegen Fortfall der causa zurückzugeben hat, von dem Zeitpunkt ab, in welchem er den Fortfall der causa weiß, § 820. Wer den Werth einer entzogenen oder beschädigten Sache zu ersetzen hat, zahlt Zinsen von dem Betrage des Ersatzes von dem Zeitpunkt ab, der der Werthbestimmung zu Grunde liegt. § 849.

Nach Handelsrecht zahlt gesetzliche Zinsen ohne dies und ohne Mahnung der Gesellschafter von der schuldigen Geldeinlage von dem Tage ab, wo die Zahlung hätte geschehen sollen, von dem Geld, das er für die Gesellschaft einnimmt und nicht abliefert, oder unbefugt aus der Kasse entnimmt, HGB. II § 111, § 218 (Aktionär), der Kaufmann dem Kaufmann gegenüber für Schuld aus beiderseitigem Handelsgeschäft von der Fälligkeit ab, HGB. II § 353 (HGB. I Art. 289), derjenige, der von einem Kaufmann Darlehen, Vorschüsse erhalten oder für den der Kaufmann in Ausübung seines Handelsgewerbes Auslagen oder Verwendungen gemacht hat, HGB. II § 354 Abs. 2 (HGB. I Art. 290 Abs. 2).

31. Zwischenzinsen, interusurium (Diskonto). W. 2 § 274. Eccius 1 § 68. Wird eine verzinsliche Schuld bezahlt, so fällt, wie bemerkt, mit der Tilgung die Zinsverbindlichkeit von selbst fort. In § 272 wird dies als selbstverständlich vorausgesetzt; der Schuldner kann nicht verzinsen, was er nicht mehr nutzt, der Gläubiger kann nutzen, was er zurückerhält. Von Zwischenzinsen, d. h. Zinsen von Kapital, das vor der Fälligkeit gezahlt, für die Zeit von der Zahlung bis zum Verfalltage, ist nur bei unverzinslicher Schuld zu reden, die vor der Zeit gezahlt wird. Obwohl der Gläubiger das Gezahlte bis zum Verfall nutzen kann, soll der Schuldner doch Zinsen (Diskont) nicht abziehen dürfen, wenn er von seinem Recht Gebrauch macht, vor der Zeit zu zahlen. § 271 Abs. 2, § 272. § 609 Abs. 3 (Rückzahlung unverzinslichen Darlehns). Das ist gem., preuß. und französ. R. ALR. I 16 § 169 (171). C. c. art. 1186. SBGB. § 719. Selbst bei irrthümlicher Zahlung vor dem Verfall kann der Schuldner Zwischenzinsen nicht verlangen. § 813 Abs. 2. Nur im Falle § 1133 Satz 3 und § 1217 Abs. 2 Satz 1, wo der Gläubiger den Schuldner zur vorzeitigen Zahlung unverzinslicher Schuld zwingen kann, soll der Gläubiger, wenn er von diesem Recht Gebrauch macht, nur erhalten, was seine Forderung werth ist, d. h. nach der Hoffmannschen Methode, wie im gem. R., soviel, daß er mit gesetzlichen Zinsen davon bis zum Verfalltage am Verfalltage seine ganze Forderung hat. Ebenso im Konkurse und in der Zwangsversteigerung. Konk.O. § 65. ZwVGes. § 111. Betagte Forderungen werden als fällig behandelt, aber der Gläubiger erhält nicht mehr, als seine Forderung zur Zeit der Konkurseröffnung (Betrag, der mit gesetzlichen Zinsen bis zum Verfall die

volle Forderung ausmacht), bzw. zur Zeit der Zahlung bei der Vertheilung des Erlöses werth ist (Betrag, der mit gesetzlichen Zinsen von der Zahlung im Vertheilungstermin bis zum Verfall die volle Forderung ausmacht).

32. Zinsmaß. Die historischen Wandlungen in der Auffassung der Nützlichkeit und Nothwendigkeit der Beschränkung der Vertragsfreiheit bezüglich der Zinspflicht sind bekannt. Durch das Gesetz vom 14. Nov. 1867 (BGBl. S. 159, § 2 Ges. betr. die Verf. des D. R.) § 1 wurden alle privatrechtlichen und strafrechtlichen Bestimmungen über die Beschränkung der freien Vereinbarung der Höhe der Zinsen, der Höhe und Art der Vergütung für Darlehen und andere kreditirte Forderungen und der Konventionalstrafen für unterlassene Zahlung eines Darlehns oder einer sonst kreditirten Forderung aufgehoben. Für Darlehen an einen Kaufmann und Schulden eines Kaufmanns aus Handelsgeschäften hatte schon HGB. I Art. 292 Abs. 2 die Zinsabrede freigegeben. Durch Art. 39 des EG. z. BGB. ist das Gesetz vom 14. Nov. 1867 aufgehoben. Aus § 246 folgt aber, daß rechtsgeschäftlich der Zinsfuß ohne Beschränkung bestimmt werden kann, und daß, wenn Verzinsung, aber nicht das Zinsmaß rechtsgeschäftlich bestimmt ist, vier Prozent vom Hundert für das Jahr als gewollt gelten. Nichtig ist die Zinsabrede und das ganze Rechtsgeschäft nur unter den im § 138 Abs. 2 statuirten Voraussetzungen. Vgl. Bd. 1 S. 186. Für Schuld aus beiderseitigen Handelsgeschäften gilt nach § 352 Abs. 1 Satz 2 HGB. II fünf vom Hundert für das Jahr als gewollt (Vgl. HGB. I Art. 287: 6 Prozent). In den Konsulargerichtsbezirken gilt nach Art. 3 der Kais. V. v. 25. Oktober 1900 (RGBl. S. 999) statt der in den §§ 246, 247, 288 BGB. und im § 352 HGB. II bestimmten Zinssätze der landesübliche Zinssatz, jedoch höchstens zehn Prozent. (Vgl. Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 § 33.) Für die Schutzgebiete kann eine gleiche Bestimmung getroffen werden. Schutzgebietsgesetz vom 25. Juli 1900 (RGBl. S. 813) § 3. Aufrechterhalten sind durch Art. 94 EG. z. BGB. die landesgesetzlichen Vorschriften über gewerbliche Pfandleiher und Pfandleihanstalten, welche regelmäßig, wie z. B. das Preuß. Ges. vom 17. März 1881 (Art. 41 Preuß. Ausf.Ges.) und das Sächs. Ges. vom 24. April 1882 Vorschriften über den Höchstbetrag des Zinsfußes enthalten. Vgl. § 4 Ges. vom 14. Nov. 1867.

33. Beschränkt ist durch das BGB. die Vertragsfreiheit für die Zinsabrede in zwei Punkten. § 247. Wer sich verpflichtet hat, mehr als 6 Prozent Zinsen zu zahlen, und das liegt auch da vor, wo der Schuldner 100 zu 6 Prozent verzinsen soll, während er 50 erhalten hat, ist ohne Rücksicht darauf, ob die Zinspflicht vor oder nach dem 1. Januar 1900 entstanden, berechtigt, nach Ablauf von 6 Monaten mit 6 Monatfrist das Kapital zu kündigen. Vertragsbestimmungen, die dies Recht aufheben oder beschränken, sind nichtig. Länger als ein Jahr Zinsen über 6 Prozent zu zahlen, kann der Schuldner danach verhindern. Ebenso bestimmte § 2 des Ges. v. 14. Nov. 1867. Aus demselben ist auch der Abs. 2 des § 247 aufgenommen, daß Schuldverschreibungen auf den Inhaber der Beschränkung nicht unterliegen, was seinen guten Grund in den Schwierigkeiten der Durchführung des Kündigungsrechts und darin hat, daß bei Ertheilung der staatlichen Genehmigung die Normirung übermäßiger Zinspflicht verhindert werden kann. Der § 2 Abs. 3 versagte das Kündigungsrecht bei Darlehnen an einen Kaufmann und Schulden eines Kaufmanns aus

Handelsgeschäften. Diese Ausnahme ist weder in das BGB. noch in das HGB. aufgenommen und damit fortgefallen.

34. Anatocismus. Gemeinrechtlich durften Zinsen weder zum Kapital geschlagen, noch selbständig zum Kapital umgewandelt und dadurch verzinslich gemacht werden (anatoc. conjunctus, separatus), und der Zinslauf hörte auf, sobald die gezahlten oder die rückständigen Zinsen den Kapitalbetrag erreicht hatten. l. 7 § 22, l. 58 §§ 1, 4 D. 26, 7.

Letztere Beschränkung (ne ultra alterum tantum) ist in den neueren Gesetzgebungen theils ausdrücklich, theils stillschweigend beseitigt, ALR. I 11 §§ 851, 852, SBGB. § 682, HGB. I Art. 293, und auch vom BGB. nicht aufgenommen, ebenso im HGB. II stillschweigend abgelehnt. Das allgemeine Verbot des Zins von Zins ist erheblich eingeschränkt. Darin stimmen alle modernen Gesetze überein, daß im Voraus nicht verabredet werden darf, künftig fällig werdende Zinsen sollen bei Nichtzahlung verzinst werden. Die Kapitalisirung von Rückständen durch Vertrag wurde gestattet, durch das ALR. aber nur in gerichtlicher Form. RE. 2 Nr. 217. ALR. I 11 §§ 818 ff. SBGB. §§ 679 ff., C. c. art. 1154. RG. 6 S. 325. Der Art. 291 HGB. I ließ dann unter Kaufleuten im Kontokurrentverkehr die Verzinsung des Rechnungssaldos zu, auch wenn in dem Saldo Zinsen der einzelnen Posten steckten, und das SBGB. § 681 gestattete dies dem Kaufmann auch gegenüber Nichtkaufleuten. Dem entspricht jetzt HGB. II § 355, der, abweichend von Art. 291 HGB. I, Zinsen vom Saldo in laufender Rechnung, Kontokurrent, dem Kaufmann auch dem Nichtkaufmann gegenüber gestattet. Ein anderer Fall der Verzinsung von Zins lag in der durch Art. 688 HGB. I, der in § 687 HGB. II wiederkehrt, statuirten gesetzlichen Verzinsung der Bodmereischuld einschließlich der Prämie (Art. 684 Nr. 3, § 683 Nr. 3), in der Zinsen und Risikoentschädigung stecken.

Das BGB. § 248 erklärt für nichtig die im Voraus getroffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, d. h. durch solche Abrede darf im Voraus der künftige Zins bei Nichtzahlung weder zum verzinslichen Kapital geschlagen, noch sonst kapitalisirt werden. Das gilt, abgesehen von den bereits hervorgehobenen Ausnahmen, auch für Handelsrecht. HGB. II § 353 Satz 2. Zulässig ist danach, eine fällige Zinsschuld durch Vereinbarung nach der Fälligkeit zinsbar zu machen. Das gilt auch für Rückstand von Verzugszinsen, wenn auch nach § 289 Verzugszinsen von Zinsen nicht zu entrichten sind. Durch Judikat erlangt der Zinsrückstand nicht die Eigenschaft eines verzinslichen Kapitals, wie nach § 821 I 11 ALR. RE. 3 Nr. 203. Selbstverständlich ist, daß weder § 248 Abs. 1 noch § 289 noch die sonstigen Vorschriften über Zinsen Anwendung finden, wenn für den Zinsschuldner ein Dritter Zinsen bezahlt, sei es im Auftrage, sei es in Geschäftsführung ohne Auftrag. l. 10 § 3 D. 17, 1. l. 7 § 12. l. 58 § 1, 4 D. 26, 7. Das Verauslagte ist für den, der ausgelegt hat, Kapital, nicht Zins. § 256. Unter den Begriff des Zins von Zins fällt auch nicht der bereits erwähnte Fall der Abrede eines Nachprozents bei nicht pünktlicher Zinszahlung, RG. 37 S. 274, 276, auch nicht die Abrede einer Vertragsstrafe für nicht pünktliche Zinszahlung (anders ALR. I 11 §§ 825, 826 vom Gesichtspunkt des Wuchers aus). Auch die Vorauserhebung und der Vorabzug der Zinsen fällt nicht unter § 248. Das BGB. bestimmt über die Zahlung

der Zinsen nur in § 608 beim Darlehn, daß sie jährlich postnumerando und, wenn das Darlehn vor Ablauf eines Jahres zurückzuzahlen, bei der Rückzahlung zu entrichten, wenn nicht Anderes verabredet ist. Der rechtlichen und wirthschaftlichen Natur der Zinsen und der Uebung im Verkehr entspricht, daß die Zinsen postnumerando gezahlt werden, aber durch Vertrag kann dies, wie sich aus § 608 ergiebt, geändert werden. Auf anderem Standpunkte standen ALR. I 11 §§ 815 bis 817 und SBGB. § 683, die Vorauserhebung nur beschränkt zuließen.

35. Wirkliche Ausnahmen von dem Verbot des Zins von Zins enthält Abs. 2 § 248. Die erste Ausnahme (Satz 1 Abs. 2) hat ihren guten Grund darin, daß die Behandlung nicht erhobener Zinsen als verzinsliche Einlage dem Gläubiger und dem Gemeinwohl dient, indem der Spartrieb befördert wird, und den Schuldner nach der Art seines Geschäftsbetriebs (Sparkassen, Bankiers, Banken, landschaftliche Kreditanstalten, Vorschußvereine, u. a.) nicht bedrückt und in Gefahr bringt. Die zweite Ausnahme (Satz 2) ist nöthig, um die Kreditanstalten, die selbst die Zinsen ihrer Schuldverschreibungen pünktlich zahlen müssen, wenn sie ihren Kredit nicht verlieren sollen, gegen die Gefahr der nicht pünktlichen Zahlung der Zinsen, die sie zu fordern und nöthig haben, um ihre eigne Zinsschuld zu zahlen, dadurch zu sichern, daß für den Schuldner in der Verpflichtung, seine Zinsschuld zu verzinsen, eine Mahnung zur pünktlichen Zinszahlung geschaffen wird.

36. Das Maß der gesetzlichen Zinsen ist durch § 246, abweichend vom bisherigen Recht, auf vier Prozent festgesetzt; für Verzugszinsen ist dies in § 288 Abs. 1 wiederholt, um daran den Satz zu knüpfen, daß der rechtsgeschäftliche höhere Zinssatz auch für die Verzugszeit weiterläuft, der rechtsgeschäftliche niedrigere auf 4 Prozent steigt. Sonderrecht des Handels bestimmt hier § 352 Abs. 1 HGB. II, indem er, abweichend von HGB. I Art. 287 (6 Proz.), die Höhe der gesetzlichen Zinsen auf fünf Prozent bestimmt, aber nur für beiderseitige Handelsgeschäfte. Der Kaufmann erhält vom Nichtkaufmann die vier Prozent des BGB. Sonderrecht ist ferner der nach Art. 32 EG. z. BGB. und Art. 1 Abs. 2 des EG. z. HGB. II nicht berührte Art. 50 (51) der WO., wonach aus Wechselregreßschuld 6 Proz. gesetzliche Zinsen zu zahlen sind. Bei Verzug des Acceptanten und des Ausstellers des eignen Wechsels gilt derselbe Zinssatz. Art. 81 WO. OHG. 1 S. 251, 24 S. 88. Der Vorschrift für den Zinssatz in den Konsulatsgerichtsbezirken und Schutzbezirken ist oben gedacht. Zinsscheine (Zinskoupons) sind, wie schon oben erwähnt, nichts als Zinsforderungen, die grundsätzlich als solche zu behandeln sind, RG. 5 S. 254, im BGB. auch so behandelt worden. § 197. § 1296. Vgl. §§ 799, 801 ff., § 234, §§ 1392, 1525, 1550, 2116; §§ 1081, 1083, 1814, 1818. Vgl. Art. 174, 175 EG.

37. Die Zinsobligation ist ihrer accessorischen Natur entsprechend grundsätzlich nach dem Recht zu beurtheilen, dem die Hauptobligation untersteht. RG. 1 S. 59, 61. OHG. 24 S. 388. RG. 5 S. 254, 261. In RG. 14 S. 30 ist unter deutschen Kaufleuten der Art. 289 HGB. I zur Anwendung gebracht, obwohl ihr Rechtsverhältniß im Uebrigen nach holländ. R. beurtheilt ist. Nur darf der inländische Richter nicht Zinsen zusprechen, die das BGB. im Interesse der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten verbietet. Art. 30 EG. Das trifft nur für Zins von Zins, soweit er verboten, und für Wucherzinsen zu. Nach allgemeinen Grundsätzen und nach Art. 170 EG. muß die Zinsobligation an sich auch nach dem Recht zur Zeit ihrer Begründung beurtheilt werden. Für rechtsgeschäftliche

Zinsen ist dies aus dem Gesichtspunkte der Schonung der jura quaesita zweifellos. Abweichung kann auch hier nur Art. 30 EG. rechtfertigen. Aber was früher verboten war, gilt jetzt natürlich nicht als nicht verboten, weil es nach dem 1. Januar 1900 nicht mehr verboten ist (Vorabzug). Vgl. auch EG. Art. 179, 192, 193, 195 zu §§ 1113 ff., 1118 BGB. Einer im Voraus getroffenen Vereinbarung über Verzinsung von Zinsen kann Wirksamkeit nicht eingeräumt werden, wenn sie erst nach dem 1. Januar 1900 in Kraft treten soll oder in Kraft tritt. Vorher wirkt sie wohlerworbenes Recht. Bei den gesetzlichen, insbesondere Verzugszinsen fällt der Gesichtspunkt des wohlerworbenen Rechts ganz fort. Niemand hat ein Recht darauf, daß der Gesetzgeber seine Auffassung über Grund, Zweck und Maß der von ihm festgesetzten Zinsen nicht ändere. Und die Herabsetzung des gesetzlichen Zinsfußes von fünf auf vier Prozent durch das BGB. beruht nach den Verhandlungen in der Kommission des Reichstages, von der die Herabsetzung herrührt, darauf, daß der allgemeine Herabgang des Zinsfußes im Verkehr die Herabsetzung des gesetzlichen Zinsfußes bedinge. In dem Preuß. Publ. P. v. 9. Sept. 1814 § 13, den beiden P. P. v. 9. Nov. 1816 (GS. S. 217, 225) § 17 und in dem Publ. Pat. v. 15. Nov. 1816 (GS. S. 233) § 13 wurde sogar ohne Unterschied zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Zinsen der niedrigere Zinsfuß des ALR. für alle selbst früher begründeten Schuldverhältnisse mit dem Inkrafttreten des ALR. in Kraft gesetzt. Dem folgt das Preuß. Ausf. Ges. z. BGB. v. 20 Sept. 1899 (GS. S. 177) Art. 10 insoweit, als es für Schuldverhältnisse, die nach unberührt gebliebenen Preuß. Landesgesetzen zu beurtheilen sind, den in solchen Gesetzen vorgeschriebenen gesetzlichen Zinssatz von mehr als vier Prozent, vom 1. Januar 1900 ab auf vier Prozent herabsetzt, auch wenn die Verzinsung schon vorher begonnen hat. Das findet z. B. Anwendung auf § 36 Abs. 2 des Enteignungsgesetzes (Verzinsung der Entschädigungssumme in der Enteignung mit fünf Prozent vom Tage der Entziehung). Die übrigen deutschen Ausführungsgesetze enthalten ohne Ausnahme die gleiche Vorschrift. (Vgl. Elsaß-Lothringen § 9.)

Dieser Vorgang und die rechtliche Natur des gesetzlichen Zinses rechtfertigt die communis opinio, die sich inzwischen ohne Zögern dahin ausgebildet hat, daß trotz Art. 170 EG. v. 1. Januar 1900 ab gesetzliche Zinsen, insbesondre Verzugszinsen, nur in Höhe von vier Prozent (fünf Prozent im Falle HGB. II § 352) zuzusprechen, auch wenn der Verzug oder die die gesetzliche Zinspflicht sonst begründende juristische Thatsache vor dem 1. Januar 1900 eingetreten ist. RG. 46 S. 74. Vgl. Habicht, die Einwirkung des BGB. u. s. w. § 23 und Stoelzel in „das Recht" 1900 S. 55, 77, 137, andrerseits Hoelder in der D. Jur. Ztg. 1900 S. 101. Die Civilsenate des Reichsgerichts haben den Rechtssatz übereinstimmend angenommen. Mit Art. 170 EG. steht er nicht in Widerspruch, sobald nur Anhalt für die Annahme vorhanden ist, daß das BGB. die Wirkung seiner Vorschriften über den Zinssatz vom 1. Januar 1900 ab gewollt hat, und solcher Anhalt liegt vor.

V. Schadensersatz. Interesse. §§ 249—255. E. I §§ 218—223. II §§ 213 bis 218. III §§ 243—249. ALR. I 6 §§ 1 ff.; 5 §§ 285 ff. RE. 1 Nr. 101, 104, 126—128. SBGB. §§ 124, 125, 306, 687, 688, 961, 1497; C. c. art. 1149—1151. W. 2 §§ 257, 258. D. P. 2 §§ 44, 45. D. BR. 2 §§ 24—34. Endemann 1 §§ 128 bis 132. Cosack 1 § 91.

38. Die §§ 249—255 stellen über Inhalt und Umfang der Schadensersatzpflicht eine Reihe allgemeiner Rechtssätze auf, die neues Recht nur zu einem kleinen Theil enthalten, im Allgemeinen die Ergebnisse der Wissenschaft und Praxis auf diesem wichtigen und schwierigen Gebiete kodifiziren. Unberührt ist geblieben der Satz des § 287 (260) CPO., daß das Gericht nach freier Ueberzeugung unter Würdigung aller Umstände darüber zu entscheiden hat, ob ein Schaden entstanden und wie hoch sich Schaden oder Interesse beläuft; dem Beweisführer auch die eidliche Schätzung des Schadens (Interesses) unter Feststellung eines Höchstbetrages anvertraut werden kann. Vgl. § 13 Nr. 3 EG. z. CPO. § 6 des Haftpflichtges. v. 7. Juni 1871. RG. 14 S. 424, 18 S. 339, 31 S. 88, 40 S. 422, 10 S. 64. Die Rechtssätze der §§ 249 ff. gelten für alle Fälle der Schadensersatzpflicht, mag die Pflicht durch Vertrag übernommen oder durch Rechtsgeschäft anderer Art (letztw. Verfügung) auferlegt sein, der Schaden durch Verletzung vertragsmäßiger Pflicht (Nichterfüllung, Verzug) oder durch unerlaubte Handlung (kontraktlicher, außerkontr. Schaden), durch Eingriff in vertragsmäßige oder absolute Rechte (Eigenthum, Besitz) entstanden sein, die Ersatzpflicht auf Verschulden oder auf dem Gesetz in den Fällen der einfachen Schadensobligation beruhen, wo das Gesetz Ersatzpflicht ohne Handlung oder ohne Verschuldung statuirt. Vgl. z. B. CPO. §§ 302, 600, 717, 945 (Vorbehalt der Aufrechnung, Vorbehaltsurtheil, vorläufige Vollstreckbarkeit, Arrest, einstweilige Verfügung). Sie erstrecken sich auf die Fälle der Schadensersatzpflicht, die das BGB., andere Reichsgesetze, die Landesgesetze ordnen, falls nicht diese Gesetze Spezialvorschriften geben, die als aufrecht erhalten zu gelten haben. Preuß. Enteign.Ges. v. 11. Juni 1874 §§ 7 ff., 24 ff. Bergges. v. 24. Juni 1865 §§ 135 ff., 148 ff. Solche Vorschriften giebt z. B. HGB. II §§ 430, 457, 611, 613, § 26 BinnenschiffGes. für den Frachtvertrag, Seefrachtvertrag durch Beschränkung des zuzusprechenden Werthsersatzes, die §§ 8—12 des RPostges. v. 28. Oktober 1871, die §§ 124 b, 125 der GewO. (HGB. I Art. 396, 612, 614). Besondere Vorschrift über den Inhalt des Anspruchs giebt das BGB. selbst in den §§ 288, 557 (597), 843—845, 912 Abs. 2, 917 Abs. 2 für Miethe und Pacht, Körperverletzung und Tödtung, Ueberbau, Nothweg.

39. Wann Schadensersatz zu leisten, darüber stellen die §§ 249 ff. keinen allgemeinen Rechtssatz auf. Aus dem Grundsatz in Satz 1 § 249, daß der Verpflichtete den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, folgt nur der allen Rechten innewohnende für die Voraussetzung und den Umfang der Schadensersatzpflicht wichtige Rechtssatz, daß eine Ersatzpflicht nur da besteht, wo die Veränderung des Zustandes, die durch den Ersatzpflichtigen durch Wiederherstellung des früheren Zustandes zu beseitigen ist, mit dem zum Ersatz verpflichtenden Umstand in ursächlichem Zusammenhang steht, d. h. nicht eingetreten wäre, wenn der konkrete verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Wo dies festgestellt, besteht nach BGB. die Ersatzpflicht für den Schaden ohne Unterschied zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden, zwischen wirklichem Schaden und entgangenem Gewinn, § 252, ohne Rücksicht auf den Grad der Verschuldung, vgl. § 254, ohne Rücksicht darauf, ob das Handeln oder Unterlassen allein oder in Verbindung mit anderen Umständen, wirksam geworden ist, ob der Nachtheil vorauszusehen war oder nicht. Der § 215 Entw. II, der bei Schadensersatzpflicht bzw. Nichterfüllung das Gegen-

theil bestimmt, ist gestrichen. Vgl. RG. 13 S. 65, 23 S. 137. Aber so unanfechtbar auch der Satz ist, daß der eingetretene Schaden zu ersetzen ist, der nicht eingetreten wäre, wenn eine bestimmte Thatsache nicht vorangegangen wäre, so schwierig ist oft die Frage, ob die vorangegangene Thatsache nur Anlaß oder Ursache des Schadens gewesen ist, die Frage des Kausalzusammenhanges. Vgl. RG. 6 S. 1, 13 S. 61, 66. Aus § 287 BGB. ergiebt sich nur der Rechtssatz, daß wenn dem verpflichtenden Umstande (Verzug) ein zufälliges Ereigniß hinzutritt, das den Schaden herbeiführt, die Schadensersatzpflicht fortfällt, sobald klar ist, daß durch diesen Zufall der Schaden herbeigeführt wäre auch ohne den verpflichtenden Umstand. Das ist der Fall der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch ein anderes nicht verpflichtendes selbständiges Ereigniß.

Davon ist nicht zu reden, wenn der entstandene Schaden durch einen späteren Zufall auch entstanden wäre (das tödtlich verwundete Tier verbrennt); das BGB. kennt solchen Befreiungsmodus der Verbindlichkeit nicht. Wo das rotzkranke Pferd schuldhaft getödtet wird, ist kein Schaden angerichtet. Der Kausalzusammenhang fällt ferner dadurch nicht fort, daß zu dem verpflichtenden Umstand (Körperverletzung) der Umstand hinzutritt, daß der Beschädigte für die nachtheiligen Folgen der Beschädigung besonders disponirt war (Krankheit, Schwäche, Leistenbruch, Anlage dazu), RG. 6 S. 1, noch weniger dann, wenn der verpflichtende Umstand eine gefährliche Sachlage herbeiführt, in der der Bedrohte durch eigenes Eingreifen zu eigenem oder fremdem Schutz Schaden leidet. — RG. 29 S. 120, wo der Kutscher fahrlässig das Durchgehen der Pferde verursacht, der Herr bei dem Versuch, sich zu retten und weiteren Schaden zu verhüten, verletzt war.

Wesentlich verschieden davon ist der Fall des § 13 I 3 ALR., der auch für das BGB. gilt: Bloß zufällige Folgen einer in den Gesetzen gemißbilligten Handlung werden insofern vertreten, als der Zufall nur durch diese Handlung schädlich geworden ist. Ein Beispiel giebt OHG. 3 S. 137 zu § 289. (Der Kahnschiffer tritt schuldhaft die Reise so spät an, daß er in den Winter geräth, das Gut leidet durch Frost.) Ebenso liegt es, wenn der Verwahrer unerlaubt bei einem Dritten hinterlegt, § 691, der Verfrachter nicht auf das vertragsmäßig bestimmte Schiff ladet, das Gut bei dem Dritten, auf dem anderen Schiff durch Zufall untergeht. Nach dem Satz des § 287 würde hier die Ersatzpflicht fortfallen, wenn der Untergang auch bei dem Verwahrer erfolgt wäre, z. B. bei einer Feuersbrunst, welche den ganzen Ort zerstört hat, oder wenn auch das vertragsmäßig bestimmte Schiff untergegangen. l. 7 § 4 D. 43, 24. Anders lag RG. 28 S. 159, wo das Gut auf dem nicht vertragsmäßigen Schiff glücklich angekommen, das vertragsmäßige Schiff untergegangen war und der Eigenthümer des Guts Schadensersatz forderte, weil das Gut versichert war und er die Versicherungssumme erhalten hätte, wenn das Gut mit dem vertragsmäßigen Schiff untergegangen wäre, ein Anspruch, der unsinnig war, weil jeder Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Verluste der Versicherungssumme, auf die der Kläger kein Recht erworben hatte, fehlte.

Ein lehrreiches Beispiel von Unterbrechung des Kausalzusammenhanges dadurch daß der eingetretene Schaden zwar durch den verpflichtenden Umstand hätte herbeigeführt werden können, aber nicht herbeigeführt worden ist, sondern durch einen hinzutretenden Zufall, der außer allem Zu-

sammenhang mit dem verpflichtenden Umstand steht, nicht durch diesen schädlich geworden ist, giebt RG. 42 S. 291. Der Spediteur hatte Gut auf Lager genommen, das trocken gelagert werden mußte, aber von ihm zu ebener Erde in einem Schuppen gelagert wurde. Dort wurde es durch eine Hochfluth, die den ganzen Ort traf, verdorben. Das RG. hat den Anspruch auf Schadensersatz abgewiesen, weil zwar für den Kausalzusammenhang nicht erforderlich, daß der Schaden durch den verpflichtenden Umstand allein und unmittelbar und voraussehbar herbeigeführt, der Kausalzusammenhang aber fortfalle, sobald der dem verpflichtenden Umstande hinzutretende Zufall ohne jenen Umstand und ohne Verschulden den Schaden herbeigeführt haben würde. Hier wurde der unleugbare thatsächliche Zusammenhang rechtlich nicht beachtet, weil der Schaden außer allem Zusammenhang mit der nicht trockenen Lagerung stand, obwohl der Schaden nicht entstanden wäre, wenn das Gut eine Treppe hoch gelagert worden wäre. Ebenso würde zu sagen sein, wenn der zur Bahn bestellte Droschkenkutscher zur bestimmten Stunde nicht erscheint, der Fahrgast in Folge dessen einen späteren Zug benutzte und auf demselben durch Eisenbahnunfall verletzt oder getödtet wird, obwohl auch in diesem Fall klar ist, daß der Eisenbahnunfall den Fahrgast nicht getroffen hätte, wenn er den früheren Zug benutzt hätte. Vgl. auch die Beispiele in D. BR. § 27 unt. II 4. Diese Beispiele zeigen, daß für das Recht mit dem obigen rein logischen Satz nicht auszukommen ist.

Im Sinne des Rechts verursacht ein Umstand den Schaden nicht, auch wenn ohne ihn der Schaden nicht eingetreten wäre, sobald der Umstand an sich für die Schadensentstehung gleichgültig ist, der Zusammenhang nur ein äußerlicher ist, die innere Entwicklung des Schadens aus dem verpflichtenden Umstande fehlt, weil Zufall sie verhindert hat. In RG. 13 S. 61, 66 ist das Gegentheil nicht gesagt, nur, daß der Schaden nicht nothwendige Folge, der verpflichtende Umstand nicht alleinige Ursache zu sein braucht. Daselbst hatte der Spediteur Aushändigung des Guts gegen Nachnahme übernommen, versäumt, dafür zu sorgen, daß die Konnossemente an den Bevollmächtigten des Absenders gelangten, der die Nachnahme einziehen sollte, und das Gut war in Folge Verständigung mit den Zollbeamten ohne Nachnahme dem Käufer ausgehändigt.

Einen anderen für die Beurtheilung des Kausalzusammenhanges im Sinne des BGB. erheblichen Satz stellt § 830 auf: Wenn Mehrere durch eine unerlaubte Handlung Schaden verursachen, haftet Jeder für den ganzen Schaden, auch dann, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von den mehreren Mitthätern, Gehülfen, Anstiftern durch seine Handlung den Schaden verursacht hat. Hiernach ist nicht erforderlich, daß von mehreren zusammenwirkenden Ursachen jede allein den Schaden verursacht, und der Kausalzusammenhang braucht beim Zusammenwirken mehrerer Personen nicht bewiesen zu werden, wenn nur eine Person den Schaden verursacht haben kann. Vgl. das Nähere zu § 830. RG. 1 S. 91, 23 S. 158. Im Uebrigen ist der Kausalzusammenhang von dem zu beweisen, der den Anspruch erhebt. Erleichtert wird der Beweis durch die Vorschriften in § 287 (260) CPO., der den Richter auch für diese Frage auf seine freie Ueberzeugung unter Würdigung aller Umstände verweist. Solche Würdigung darf zwar nie dahin führen, die bloße Möglichkeit des Kausalzusammenhangs für ausreichend zu erachten, wenn eine andere Möglichkeit vorhanden ist. Aber die Möglichkeit kann zur Gewißheit führen, wenn nach der Erfahrung des Lebens und nach der gesammten Sachlage eine andere Ur-

sache als die sich aus der Sachlage als möglich ergebende ausgeschlossen erscheint, was wesentlich die Aufgabe der thatsächlichen Würdigung ist. Vgl. RG. 8 S. 167, 10 S. 140, 15 S. 33, 29 S. 139. OHG. 9 S. 171, 18 S. 291, 23 S. 186. Vgl. über Beweislast in den Fällen, wo ein bestimmtes Verhalten rechtlich geboten, OHG. 9 S. 171, 18 S. 291, 23 S. 186 (Schiffskollision).

40. Wo Schadensersatz aus unerlaubter Handlung zu fordern, setzt das BGB. in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. §§ 812 ff. Der Anspruch auf das Interesse aus Verträgen, mag das Interesse an Stelle der Erfüllung oder wegen verzögerter Erfüllung gefordert werden, ist immer Anspruch aus dem Vertrage, für den Bürge und Pfand haften. §§ 767, 1210. RG. 10 S. 180. Er setzt deshalb stets einen verpflichtenden Vertrag voraus, dessen Erfüllung gefordert werden kann, ein Rechtssatz, der sich für alle Rechte von selbst ergiebt, — OTr, 3 S. 324. RE. 1 Nr. 101 (102) Erk. a. RG. 8 S. 248, 363, 367; 34 S. 173, 175; 40 S. 256 (Auftrag zu Spiel; keine Klage aus Spiel, keine Klage daraus, daß nicht gespielt ist), — ferner, daß die Erfüllung verzögert oder unmöglich geworden, oder nicht zu erlangen, oder als Erfüllung nicht mehr angenommen zu werden braucht, §§ 276, 280, 325, 326, §§ 285 ff.; 325, 489, 523, 524. Wo die Erfüllung von Anfang an unmöglich, besteht ein Interessenanspruch nur bei culpa in contrah. oder aus der Zusicherung. §§ 306 ff., § 179, § 463. Bedeutsam für diesen Interessenanspruch ist der § 282 BGB. mit dem alten gemeinrechtlichen Rechtssatz, daß dem Schuldner der Nachweis der schuldlosen Nichterfüllung obliegt. Als Anspruch aus dem Vertrage steht er nur dem Kontrahenten gegen den andern aus der Handlung dieses oder dessen zu, für die derselbe einzustehen hat § 278. Als Anspruch aus dem Vertrage unterliegt er nicht der Verjährung aus § 852, sondern aus §§ 195 ff. Ueber die Frage, welches Interesse der Kontrahent als das seinige verfolgen kann, sagt das BGB. nichts. Vgl. unten. In einer großen Reihe von Fällen statuirt das Gesetz selbst eine Schadensersatzpflicht aus bestimmten Handlungen oder Unterlassungen, die an sich den Charakter des rechtswidrigen Eingriffs in das Recht Andrer nicht haben, z. B. im BGB. §§ 42, 53 (Unterlassen des Antrags auf Konkurseröffnung, Ausantwortung von Vermögen eines Vereins), § 122 (Scherz, Schein, Irrthum), § 179 (falsus procur.).

In einer Reihe von Fällen statuirt das BGB. ferner eine Schadensersatzpflicht aus berechtigten Handlungen, als eine Art Gegenleistung für die Berechtigung zu der Handlung, wie in den §§ 867, 904, 917, 962 (Nothwehr gegen Sachen, Bienenschwarm, Nothweg, Betreten fremden Grundstücks zum Aufsuchen und Fortschaffen einer Sache). In diese Kategorie gehört auch die Schadensersatzpflicht aus Enteignung, aus gefährlichen Gewerbebetrieben, Haftpflichtges. §§ 1, 2, Preuß. Eisenb.-Ges. § 25, EG. Art. 105, die Haftung für Thiere, §§ 833, 835 (Wildschaden). Eine Schadensersatzpflicht für schuldlose Handlung bestimmt das BGB. in § 231 (schuldlose irrthümliche Selbsthülfe, Nothwehr). Dazu treten die Fälle aus den §§ 89, 302, 600, 717, 945 der CPO. (Prozeßführung ohne Auftrag, Zwangsvollstreckung aus Vorbehaltsurtheil und vorläufig vollstreckbarem Urtheil, Arrest, einstw. Verfügung), und die Fälle der Haftung aus dem receptum in § 701 BGB. (Gastwirth) und in § 456 HGB. II (Eisenbahn). Vgl. HGB. II §§ 429, 606; Binnenschiff.Ges. § 58 (abweichend HGB. I Art. 395, 607).

In allen Fällen kommt es darauf nicht an, ob der Schaden mit einer Hand-

lung oder einer Unterlassung im Zusammenhange steht, vorausgesetzt nur, daß das Unterlassen rechtswidrig, weil Handeln geboten war. ALR. I 3 §§ 17ff.; 6 §§ 9, 59. RE. 1 Nr. 126. OHG. 23 S. 354, 13 S. 113, 20 S. 362. RG. 33 S. 225, 34 S. 254, 258; 31 S. 119. StrA. 83 S. 138. (Unterlassene Beleuchtung, Reinigung, Räumung von Wasserläufen, Sicherung gegen Gefahren einer in der Wirthschaft gebrauchten Dreschmaschine.)

41. Von Bedeutung für das Gebiet der Schadensersatzpflicht sind noch folgende generelle Rechtssätze des BGB. **a.** Wer eine Verbindlichkeit aus einem obligatorischen Schuldverhältniß zu erfüllen hat, haftet für Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, wie für eignes Verschulden, kann die Haftung für jedes Verschulden dieser Personen durch Vertrag ausschließen, § 278, aber nie die Haftung für eignen Vorsatz. § 276 Abs. 2. § 254 Abs. 2 Satz 2. Der Satz geht dem § 166 parallel. Vgl. Bd. 1 S. 257, 258 und das Nähere zu § 278.

b. Bei widerrechtlicher Schadenszufügung durch unerlaubte Handlung wird grundsätzlich nur für eignes, nicht für Anderer Verschulden gehaftet. Aber wer einen Andern zu einer Verrichtung bestellt (Meister und Geselle, Prinzipal und Gehilfe, Dienstherr und Gesinde, Herr und Diener, Arbeitsgeber und Arbeitsnehmer) hat, wenn der Andere in Ausführung der Verrichtung einen Dritten widerrechtlich beschädigt, zu beweisen, daß er bei der Auswahl der Person, Beschaffung der Arbeitsmittel, Leitung der Verrichtung die erforderliche Sorgfalt angewendet hat oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre. § 831. D. h. gehaftet wird nur für eignes Verschulden in eligendo und bei der Ausführung und Ueberwachung, aber der Prinzipal hat die Beweislast dafür, daß er die erforderliche Sorgfalt angewendet hat oder daß sie den entstandenen Schaden nicht abgewendet haben würde.

c. Dazu tritt der § 31 (89) BGB., wonach der Fiskus, jede andere öffentlichrechtliche Person, jede private juristische Person für kontraktliches und außerkontraktliches Verschulden ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter bei Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen ebenso haftet, wie die natürliche Person, ebenso in Fällen der Haftung ohne Verschulden. Vgl. Bd. 1 S. 33 unter a.

d. Nach § 276 Abs. 1 Satz 3 (§ 254 Abs. 2 Satz 2) gilt für die auf Verschulden beruhende Interesse- und Schadensersatzobligation der Satz, daß der an sich Verpflichtete nicht haftet, wenn er im Sinne der §§ 827, 828 nicht verantwortlich ist. Nicht verantwortlich ist das Kind vor vollendetem siebenten Lebensjahre und wer im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit handelt und ohne Verschulden in solchen Zustand gerathen ist. § 827. Der Taubstumme und wer das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist verantwortlich nur bei Vorhandensein der zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderlichen Einsicht. Bedeutung hat diese Einschränkung der Ersatzpflicht wesentlich für die außerkontraktliche Ersatzpflicht, da die Ersatzpflicht aus kontraktlichem Verschulden stets einen verbindlichen Vertrag eines Geschäftsfähigen voraussetzt. Vgl. Bd. 1 S. 110 unter d, wo bereits darauf hingewiesen, daß die §§ 827, 828 für die Frage Bedeutung haben, ob

der Minderjährige ersatzpflichtig ist, der sich fälschlich für geschäftsfähig ausgegeben hat, wobei zugleich auch § 254 in Betracht kommen kann.

e. Ueber das Zurückbehaltungsrecht wegen Schadensersatz vgl. § 273 Abs. 2, und über das Verhältniß von Draufgabe und Vertragsstrafe zum Schadensersatz die §§ 338, 340 Abs. 2, § 341 Abs. 2, § 342.

42. Schaden. Das ALR. I 6 § 1 definirt Schaden als jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit oder Ehre oder seines Vermögens, scheidet unmittelbaren, mittelbaren und zufälligen Schaden und rechnet zum Schaden in §§ 5—7 I 6 auch den entgangenen Gewinn, d. h. Vortheile, die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, der Geschäfte des bürgerlichen Lebens, vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen vernünftiger Weise erwartet werden konnten. In diesem Umfange billigt es den Ersatz des Schadens aber nur bei bestimmtem Grade der Verschuldung zu. §§ 10, 11, 12 ff. Vgl. SBGB. §§ 124, 125. Das BGB. hat von einer Begriffsbestimmung abgesehen, scheidet nicht zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden, und stellt im § 252 übereinstimmend mit HGB. I Art. 283, SBGB. § 124, l. 33 D. 19, 2, den entgangenen Gewinn für die Ersatzpflicht dem Schaden, dem Verlust, gleich. Für den Ersatz des entgangenen Gewinns bestehen abweichend vom ALR. keine anderen Voraussetzungen als für den des positiven Verlustes. Auch nach BGB. ist Schaden nach §§ 249, 250, 253, 823 ff. nachtheilige Veränderung der Verhältnisse der Person in Bezug auf Körper, Gesundheit, Ehre, Freiheit, Vermögen (Sachen), Kredit, Fortkommen, Erwerbsfähigkeit. Nach § 343 kann jedes berechtigte Interesse, nicht bloß das Vermögensinteresse durch Vertragsstrafe gesichert werden, aber nach § 253 kann ohne solche Vertragsstrafe Entschädigung in Geld grundsätzlich nur wegen Schadens, der Vermögensschaden ist, gefordert werden. Ausnahmsweise ist billige Entschädigung in Geld gewährt auch wegen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, in § 847 Abs. 1 wegen Verletzung an Körper und Gesundheit (Schmerzensgeld, Sachsenbuße, §§ 112 ff. I 6 ALR., SBGB. §§ 1489, 1497), wegen Freiheitsentziehung, in § 847 Abs. 2 einer Frauensperson wegen Verbrechen oder Vergehen gegen die Sittlichkeit und Verführung, in § 1300 der unbescholtenen Verlobten wegen Defloration gegenüber dem Verlobten, der die Auflösung der Verlobung verschuldet. Vgl. zu §§ 1297 ff. Unberührt sind übrigens daneben geblieben die Vorschriften über die Buße in den §§ 188, 231 StGB., im Waarenzeichenges. § 18, Ges. betr. den unlauteren Wettbewerb § 14, StrPO. §§ 443 ff. Der Werth der besonderen Vorliebe, den ALR. I 6 § 87 bei Vorsatz ersetzen läßt, ist kein Vermögensschaden, für den immer ein objektiver Maßstab vorhanden sein muß, sondern ein ideeller Schaden, durch den das subjektive Gefühl verletzt wird. Raritäten (seltene Münzen, Bilder, Antiquitäten) haben einen besonderen, nicht bloß subjektiven Werth. Für das BGB. versteht sich von selbst, daß es keinen Interesseanspruch aus Verträgen gegen Anstand und gute Sitte giebt und keinen Schadensersatzanspruch, wenn der Ersatz den Anstand oder die guten Sitten, das sittliche Gefühl verletzen würde, vgl. RG. 42 S. 295, weil der Erwerb gegen die guten Sitten verstößt.

43. Der Schaden als nachtheilige Vermögensveränderung kann auch nach BGB. wie bisher in der Belastung mit einer Verbindlichkeit bestehen. § 1298 BGB. OHG. 1 S. 32, 34; 3 S. 198, 201; 12 S. 268; 15 S. 46; 18 S. 274, 278; 13 S. 6. Vgl. RG. 13 S. 66. Als Schadensersatz ist in solchen Fällen nicht bloß

Befreiung von der Verbindlichkeit, sondern, wenn sie Geldverbindlichkeit, Zahlung des Geldes zu fordern, wenn der Berechtigte nicht in Vorschuß gehen muß. Der Spediteur, der durch falsche Deklaration des Aufgebers des Guts in Zollstrafe verfallen hat nicht zu beweisen, daß er die Zollstrafe bezahlt hat, und wer durch Verschulden, eines Anderen Schuldner eines Dritten geworden, z. B. Vertragsstrafe zu zahlen hat, RG. 15 S. 73, hat nicht zu beweisen, daß er den Dritten befriedigt hat. Kein Anspruch auf Schadensersatz kann dagegen daraus abgeleitet werden, daß man von einer persönlichen Verbindlichkeit nicht befreit ist, wenn auf solche Befreiung kein Recht bestand, ebensowenig wie ein Anspruch auf Schadensersatz aus einem Verschulden entstehen kann, das ein solches nur gegen einen Anderen ist, nicht gegen den Beschädigten. Einen Anspruch auf Schadensersatz hat nur der, in dessen Recht eingegriffen ist, und ein Vertragsverhältniß des A zu dem Beschädigten allein kann nie einem Anspruch des A gegen den begründen, gegen den der Beschädigte einen Anspruch auf Schadensersatz hat. Wenn ein Dritter für den Schuldner seine Sache verpfändet oder sein Grundstück zur Hypothek bestellt hat, so kann der Schuldner nicht Schadensersatz verlangen, weil der Gläubiger den Verlust des Pfandes oder den Ausfall bei der Subhastation verschuldet hat und der Schuldner deshalb nicht befreit ist. Vgl. ObTr. 83 S. 33. Vgl. StrA. 78 S. 128. CPO. § 777.

Anders bei der Bürgschaft bezüglich des Bürgen, der ein Recht auf Befreiung von der Bürgschaft hat und verlangen kann, daß der Gläubiger seine Befriedigung beim Hauptschuldner sucht. §§ 775 ff. Wenn der Subhastationsrichter den ersten Bietungstermin, in welchem 2500 M. geboten, aufheben muß, weil er eine gesetzlich vorgeschriebene Ladung unterlassen hat, im zweiten Termin nur 2000 M. geboten werden, so kann der Hypothekengläubiger, der bei 2500 M. Gebot zur Hebung gekommen wäre, bei 2000 M. ausgefallen ist, vom Richter nur Schadensersatz fordern, wenn er die Subhastation beantragt, also das Recht hatte, Befriedigung durch die Subhastation zu fordern, nicht, wenn er die Subhastation nicht beantragt, also kein Recht auf Durchführung der Subhastation, sondern nur Recht auf Befriedigung aus dem wirklichen Meistgebot hatte. ObTr. 47 S. 92, Erk. b Nr. 126 RE. 1. Die Lebens- oder Feuerversicherungsgesellschaft, bei der A versichert ist, hat keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen B, der den A getödtet oder das Haus angezündet hat. RG. 13 S. 426.

Als Schaden zu ersetzen, weil es im Vermögen war und verloren, ist auch, was als Leistung gegeben in Erwartung der Gegenleistung, die dann ausbleibt, OHG. 24 S. 107, ferner das, was der Berechtigte bei Nichterfüllung Seitens des Verpflichteten aufwenden muß, um sich die Erfüllung anderweit zu verschaffen (Deckung). RG. 46 S. 407 (Anwendung des § 287 CPO.). Schaden ist, wenn der Käufer die nicht erhaltene Waare zu höherem Preise beschaffen muß, der Verkäufer die nicht abgenommene Waare billiger verkaufen muß, der Miether statt der nicht zur Verfügung gestellten eine theuerere Wohnung miethen oder in das Hotel gehen muß, der zu Unrecht entlassene Dienstbote (Gehülfe, Arbeiter) keine oder eine weniger vortheilhafte Stelle erhält. Vgl. HGB. I Art. 373, 376.

44. Entgangener Gewinn, § 252, ist im Gegensatz zu dem, was bereits im Vermögen war (Sache, Recht, Anspruch) und durch den verpflichtenden Umstand verloren ist, das was noch nicht im Vermögen war, aber im Vermögen sein würde, wenn der verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Kausalzusammenhang

ist eben so, aber auch nicht anders erforderlich, als beim positiven Schaden. Nur ist immer unsicher, was sein würde, der § 252 begnügt sich deshalb hier ähnlich wie bei ALR. I 6 §§ 5 ff., 13 und § 125 SBGB. damit, daß der Gewinn abstrakt (nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge) oder konkret (nach den besonderen Umständen, getroffenen Anstalten und Vorkehrungen) mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, er gilt dann als entgangen, muß mehr als möglich, braucht aber nicht gewiß zu sein. RG. 6 S. 26. Der § 287 CPO. ist für ihn recht am Platz. Dem Ersatzpflichtigen steht immer der Beweis offen, daß was wahrscheinlich ist, nicht wirklich geworden wäre, RG. 17 S. 45, 51. Aber daß der Gewinn zu der Zeit, als der verpflichtende Umstand eintrat, noch nicht erwartet werden konnte, befreit ihn nicht. § 254 Abs. 2. Im Begriff des entgangenen Gewinns liegt nicht, daß er erwartet werden konnte, als der verpflichtende Umstand eintrat, sondern nur die Wahrscheinlichkeit, daß das, was als entgangen in Anspruch genommen wird, ohne den verpflichtenden Umstand nicht entgangen, sondern im Vermögen wäre. Der Fuhrmann, dessen Wagen durch fremde Schuld beschädigt ist, fordert als entgangenen Gewinn den Verdienst, den er in der Reparaturzeit mit dem Wagen hätte machen können, StrA. 84 S. 151, der beschädigte Arbeiter den Lohn, den er während der Krankheit hätte verdienen können.

Nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge (abstrakt) kann der Käufer die Waare, die er zum Wiederverkauf kauft (nicht zum Gebrauch), zu dem Preise verkaufen, den sie zur Zeit der Lieferung und da wo sie abzuliefern ist, auf dem Markte, der Börse oder im Verkehr überhaupt hat. HGB. I Art. 357, II § 376 Abs. 2. Hat er aber zu einem höheren als diesem Preise bereits verkauft oder ernste Angebote erhalten, so ist dieser (konkrete) entgangene Gewinn zu fordern. Vgl. RG. 1 S. 241, 4 S. 6, 6 S. 26. OHG. 9 S. 322, 11 S. 119, 182; 21 S. 248, 24 S. 332. In letzterem Falle bedarf es des Erweises der besonderen Umstände. Wenn das gestohlene oder unterschlagene Geld zum Ankauf eines Lotterieloofes verwendet wird, auf das ein Gewinn fällt, so hat der Beschädigte Anspruch auf diesen Gewinn abstrakt gewiß nicht, konkret nur, wenn er beweist, daß mit diesem Gelde dieses Loos angekauft wäre. (Der Mitspieler unterschlägt den Beitrag, das Loos verfällt.) Wer garantirt Sommersaat kauft, Wintersaat erhält und aussät, verliert außer der Aussaat nichts, wenn durch die nicht vorauszusehende Witterung das Jahr auf dem Saatplatz überhaupt keine Frucht bringt, und kann Tausende verlieren, wenn die nicht vorauszusehende Witterung eine ungewöhnliche Ernte gebracht hat. Ebenso liegt es bei dem rechtswidrig exmittirten Pächter. Wenn der Pfandgläubiger die Aktien, die er als Pfand erhalten, nach Tilgung der Forderung nicht zurückgiebt, so hat er als entgangenen Gewinn den Kurs zu ersetzen, der zu der Zeit bestand, wo der Pfandschuldner erweislich die Aktien verkauft hätte, obwohl dieser Kurs zur Zeit der unterlassenen Rückgabe nicht vorauszusehen war. Vgl. OHG. 8 S. 117, wo dargelegt, daß der höchste Kurs zwischen dem Zeitpunkt der schuldigen und der erfolgten Rückgabe als entgangener Gewinn ohne den Nachweis der Wahrscheinlichkeit nicht gefordert werden kann, daß zur Zeit des höchsten Kurses auch verkauft worden wäre, da ohne dies die Kursveränderung den Pfandschuldner wie ein Zufall getroffen haben würde. Vgl. zu §§ 284 ff., 287. Vgl. auch Präj. 2082, ObTr. 17 S. 176 (RE. 1 Nr. 103 [104] Erk. b), wo es sich um den Fall handelte, daß Roggen, der am 2. Jan. 1846 zu liefern war, nicht geliefert wurde, auch als auf Lieferung geklagt wurde und am 13. Mai 1847 die

Exekution fruchtlos ausfiel. Hier wurde als entgangener Gewinn der höchste Preis in der Zeit vom 1. bis 12. Mai 1847 gefordert, was nach LR. wie nach BGB. voraussetzte, daß der Käufer diese Konjunktur voraussichtlich benutzt haben würde.

45. Aus Vorstehendem ergiebt sich zugleich, daß ein allgemeiner Rechtssatz für die Entscheidung der Frage, welcher Ort und welcher Zeitpunkt für die Schadensberechnung maßgebend, nicht aufzustellen ist; entscheidend ist immer, daß nur der Schaden ersetzt zu fordern, der in ursächlichem Zusammenhange mit dem schädigenden Ereigniß steht; dafür kann Ort und Zeit bestimmend oder mitbestimmend sein. Das BGB. hat sich mit Recht jeder allgemeinen Bestimmung enthalten. Im Allgemeinen wird bei außerkontraktlichem Schaden Ort und Zeit der That den Schaden bestimmen, bei kontraktlichem Ort und Zeit der Erfüllung, aber in beiden Fällen kann sich die Ersatzpflicht anders gestalten dadurch, daß der Schaden (Erwerbsunfähigkeit), die Erfüllungspflicht andauern, daß der Erfüllungsort und der Ablieferungsort verschieden. OHG. 3 S. 96; 11 S. 240, 242; 14 S. 7, 21 S. 248. Aus der Natur des Rechtsverhältnisses, des Rechtsgeschäftes kann sich ergeben, daß Erfüllung und Interesse für Nichterfüllung an einen festen Zeitpunkt gebunden ist. Vgl. ObTr. 15 S. 460, RE. 1 Nr. 103 (104) Erk. a. HGB. II § 376. BGB. § 361. Ebenso kann sich mit Rücksicht auf § 254 BGB. die Beschränkung des Interesseanspruchs auf einen bestimmten Zeitpunkt aus der Deckungspflicht ergeben. Ein Beispiel, wie der Zeitpunkt für den Interesseanspruch bedeutsam sein kann, giebt das oben erwähnte ObTr. 17 S. 176, das wie die andern in RE. (2. Aufl.) 1 Nr. 103 (104) S. 486 bezeichneten Urtheile des ObTr., ferner OHG. 22 S. 416, 24 S. 327, RG. 36 S. 370, die Bedeutung des Judikats auf Leistung und den Interesseanspruch wegen Nichterfüllung der Judikatobligation betrifft. Vgl. BGB. § 283, CPO. § 893 (778).

Für Sachen, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, spricht ObTr. 17 S. 176 den Grundsatz aus, daß die Differenz zwischen Kaufpreis und Marktpreis der nächste Maßstab für den Schadensersatz sei, dadurch zwar der Anspruch auf einen höheren Betrag nicht ausgeschlossen, solcher aber durch den Nachweis konkreter Umstände gerechtfertigt werden müsse, aus denen sich ergebe, daß bei Lieferung ein höherer Gewinn zu ziehen gewesen wäre, oder daß zu einem höheren Preise habe angeschafft werden müssen, oder daß sonst durch die verzögerte oder die Nichtlieferung ein die Differenz übersteigender Schaden entstanden wäre. Dieser Satz ist auch dem BGB. entsprechend. Die Interesseforderung aus der Judikatobligation hat das Interesse aus der Nichtbefolgung des Judikats zum Gegenstande, OHG. 22 S. 416, 24 S. 327, RG. 22 S. 255, 258; 36 S. 369, 376, das sich ganz verschieden gestalten kann, je nachdem die Erfüllungszeit des Vertrages, der Zeitpunkt des Judikats oder der Zeitpunkt der fruchtlosen Vollstreckung zu Grunde gelegt wird. Solche Fälle behandeln die oben citirten Urtheile in RE. 1 S. 486. Ueber Schadensersatzpflicht bei Verzug vgl. zu §§ 284 ff.

46. compensatio lucri cum damno. Auch darüber sagt das BGB. nichts, weil es sich nach jedem Recht von selbst versteht, daß wenn das schädigende Ereigniß neben dem Schaden auch Gewinn gebracht hat, Schaden nur ist, was nach Abzug des Gewinns übrig bleibt. Weiter geht der Rechtssatz über diese s. g. compensatio aber auch nicht. Auch hier ist die Frage des Kausalzusammenhangs entscheidend, den

halt seiner Interesseforderung zu machen, W. 2 § 258 Anm. 19, ist willkürlich und so nicht zu halten. (A schließt p. de mutuo dando mit B, um dem Freunde C zu helfen, dessen Grundstück zur Subhastation steht, B giebt das Darlehn nicht, das Grundstück wird subhastirt, C verliert Alles.) RG. 46 S. 213 (der Notar, der einen wegen Formmangels nichtigen Kaufvertrag aufgenommen hat, haftet nicht für die Provision des Vermittlers, die verloren gegangen.) Der Satz hat nur eine Berechtigung, wenn zwischen dem Kontrahenten, der das Interesse fordert, und dem Dritten, dessen Interesse gefordert war, ein Rechtsverhältniß besteht, aus dem sich das Recht ableiten läßt, das Interesse des Dritten als eigenes zu liquidiren, auch wenn der Kontrahent für dies Interesse nicht aufzukommen hat. l. 8 § 3 D. 17, 1. l. 27 (28) D. 3, 5. So kann die Sache bei Auftrag und neg. gestio, wenn sie genehmigt, liegen, wenn der Kontrahent im eigenen Namen kontrahirt; in dem Auftrag und der Genehmigung liegt die Ermächtigung, das Interesse des Dritten als eigenes zu liquidiren. Dann ist es aber auch als eigenes ohne Cession zu liquidiren, Ersatz an den Kontrahenten, nicht an den Dritten zu leisten; der Dritte kann nur ex cessione liquidiren; ob dem auf Ersatz belangten Kontrahenten das fremde Interesse bekannt war oder nicht, kommt an sich nicht in Betracht. Der andere Kontrahent kann sich nur auf § 254 Abs. 2 berufen und geltend machen, daß er mit dem fremden Interesse nicht habe rechnen können und deshalb für dasselbe ganz oder theilweise nicht aufzukommen habe. l. 43, l. 13 pr. § 1 D. 19, 1.

Die bisherige Praxis liefert dafür Beispiele. In RG. 12 S. 112 hatten A und B gemeinschaftlich ein Lehrbuch für den Deutschen Unterricht verfaßt, A allein im eigenen Namen (für sich und B) den Verlagsvertrag abgeschlossen. Hier machte A allein mit Recht das eigene Interesse und das des B aus dem Vertrage geltend, ohne daß ihm entgegengehalten werden konnte, er sei für das Interesse des B nicht aktiv legitimirt; seine Ermächtigung war klar. Argumentirt ist in diesem Urtheil mit dem Rechtsverhältniß der Kommission. Der Kommissionär, der im eigenen Namen, aber für Rechnung des Kommittenten kontrahirt, muß ermächtigt sein, das Interesse des Kommittenten zu liquidiren, auch wenn er dem Kommittenten nicht haftet, weil der vertragsbrüchige Kontrahent sonst wider Treu und Glauben dem Kommissionär sagen könnte, derselbe habe kein Interesse, dem Kommittenten, derselbe habe mit ihm nicht kontrahirt. Für das Kommissionsverhältniß ist der Satz, daß der Kommissionär das Interesse des Kommittenten als eigenes zu liquidiren befugt, in ständiger Rechtsprechung festgehalten. OHG. 14 S. 400, 22 S. 249, 253; RG. 27 S. 119, 126; 40 S. 172, 187. (Klage des Beauftragten, der den Auftrag befugt weitergegeben, gegen seinen Beauftragen auf das Interesse des ersten Auftraggebers.) In OHG. 11 S. 256 hatte A an B Gewehre verkauft und die Gewehre dem C zum Transport von Danzig nach Libau übergeben, C den Transport nicht ausgeführt, A den Transport theurer ausführen müssen. Hier konnte A, obwohl er im eigenen Namen, aber im Interesse des B und in dessen ausdrücklichem oder stillschweigendem Auftrag gehandelt, Art. 344 HGB. I, BGB. §§ 443, 447, das Interesse des B gegen C verfolgen, ohne einer Cession zu bedürfen, auch wenn er dem B nicht haftete, weil in dem zu unterstellenden Auftrag Pflicht und Recht für A begründet war, das Interesse des B zu verfolgen. Ebenso lag OHG. 17 S. 78. A hatte an B Hopfen verkauft, im eigenen Namen den Spediteur C mit der Auslieferung beauftragt, bei dem dann der Hopfen in Vergessenheit kam und verdarb.

Als A gegen C auf Ersatz klagte, wendete C ein, daß A kein Interesse habe, die Vorinstanzen wiesen deshalb ab. Das OHG. hat, mit Bezug auf l. 28 D. 3, 5, l. 14 D. 2, 11, l. 18 § 1 D. 45, 1 verurtheilt. Es läßt dabei dahingestellt, ob A im eigenen oder im Interesse des B kontrahirt, ob der Schaden den A oder den B getroffen, weil es genüge, daß C den mit A geschlossenen Vertrag nicht erfüllt habe, dadurch und durch die Verantwortlichkeit des A dem B gegenüber das Interesse des B eigenes Interesse des A geworden sei.

Das BGB. steht dieser Rechtsprechung nicht entgegen. Der Gläubiger aus einem Vertrage ist immer der Kontrahent; er kann Erfüllung fordern, auch wenn er selbst kein Vermögensinteresse an der Erfüllung hat; läßt das Gesetz zu, daß Leistungen an einen Dritten bedungen werden, §§ 328 ff., so ist es auch zuläßig, Leistung an sich ohne eigenes Interesse zu bedingen, die einem Dritten zu gute kommen soll, mag man diesem Dritten verhaftet sein oder nicht, vorausgesetzt nur, daß ein Rechtsverhältniß zu dem Dritten besteht, das mein Rechtsgeschäft in Verbindung mit dem Interesse des Dritten bringt, und immer vorbehalten die Anwendung des § 254 Abs. 2. In dem obigen Falle des pact. de mutuo dando des A mit B im Interesse des C würde solch Rechtsverhältniß bei Auftrag des B an A vorliegen, das Interesse des C aber auch liquidirt werden können, wenn ausdrücklich Leistung an C bedungen, oder mit Bezug auf C kontrahirt ist, oder B die materielle Betheiligung des C und die Beziehung des Vertrages auf ihn gekannt hat. § 242. Wenn C hier mit Cession des A klagte, würde B nicht einwenden können, A habe keinen Schaden erlitten, wohl aber sich auf § 254 Abs. 2 berufen können.

Auf gleichem Gebiet liegt der in RG. 39 S. 250 behandelte Fall. Der Cedent haftet nur *seinem* Cessionar aus der Cession für den rechtlichen Bestand der Forderung, der Cessionar bei Weitercession *seinem* Cessionar. BGB. § 437 Abs. 1 (§ 523 Abs. 1). Der zweite Cessionar kann nur mit Cession des ersten Cessionars gegen den Cedenten aus der Gewährleistung klagen, sicherlich immer, wenn der erste Cessionar ihm haftet, aber auch wenn dieser ihm aus besonderen Gründen (Vertrag, Erbgang) nicht haftet; der Cedent kann dem zweiten Cessionar nicht einwenden, sein Cedent habe kein Interesse an dem Bestand der Forderung und keinen Schaden erlitten, habe eine Interesseforderung deshalb nicht cediren können. Hier ist entscheidend, daß der Anspruch aus der Gewährleistung mit der Forderung übertragen werden kann, durch die Abtretung der Forderung allein nicht untergeht, deshalb auch nachträglich übertragen werden kann, und seinen Inhalt in der Hand des zweiten Cessionars im Verhältniß zu dem in der Hand des ersten Cessionars nicht ändert.

48. *Der Ersatz des Schadens.* §§ 249—251. Die Verpflichtung zum Schadensersatz wird nach § 249 wie nach ALR. I 6 § 79 an erster Stelle durch Restitution, Wiederherstellung des früheren Zustandes, erfüllt; wo das Gesetz von Schadensersatzpflicht spricht, ist grundsätzlich diese Restitution gemeint. CPO. § 717 (§ 655) Abs. 2. Börsengeſ. §§ 43, 44, 46. RG. 46 S. 83, 87. An die Stelle der Restitution tritt zu *Gunsten des Beschädigten* die Entschädigung in Geld, wenn die Restitution nicht möglich oder zur Entschädigung nicht genügt; eine völlig zerstörte Sache kann nicht wiederhergestellt werden und eine Sache (Kleidungsstück) kann so beschädigt sein, daß die Reparatur zwar möglich, aber die reparirte Sache dem Beschädigten die Sache nicht so ersetzt, wie er sie hatte. § 251 Abs. 1. Vgl. StrA. 19 S. 51. Zu *Gunsten des Verpflichteten* tritt an die Stelle der

Restitution die Entschädigung in Geld, wenn die Restitution nur mit unverhältnißmäßigen Aufwendungen, die den Werth der Sache selbst übersteigen, möglich ist, § 251 Abs. 2 und § 633 Abs. 2 Satz 2 (bei Werkvertrag und Mängeln des Werks), z. B. auch dann, wenn durch die Reparatur die Sache nicht wiederhergestellt, sondern verbessert werden, der Beschädigte einen Vortheil erlangen würde. OHG. 23 S. 352, 355. Vgl. HGB. I Art. 711, 712, 876; HGB. II §§ 709, 710, 872 (Abzug für neu statt alt). StrA. 100 S. 319. Den Rechtssatz des § 91 I 6 ALR., daß der Beschädigte bei Beschädigung einer Sache die Wahl zwischen Ersatz der Beschädigung und Ueberlassung der Sache gegen Ersatz des vollen Werthes hat, ist vom BGB. nicht aufgenommen. Vgl. zu § 255.

Jede Restitution kann ausgeschlossen sein, wenn die Beschädigung in einer Veränderung der Sache der Art besteht, daß die Sache dadurch nicht verschlechtert, sondern verbessert ist. Die Sache kann dadurch gleichwohl für den Betroffenen unbrauchbar oder weniger brauchbar geworden, dadurch für ihn ein Schaden entstanden sein. Derselbe muß dann dadurch ersetzt werden, daß die Sache in den früheren Zustand wieder versetzt wird, wenn dies möglich; ist es nicht möglich, weil die Sache verschlechtert werden würde, ohne den früheren Zustand herzustellen, so kann die Restitution nicht gefordert werden, nur Ersatz in Geld.

49. Bei Verletzung der Person oder Beschädigung einer Sache hat der Berechtigte stets die Wahl zwischen Wiederherstellung des früheren Zustandes durch den Beschädigten und der Entschädigung in Geld. Der Verletzte braucht sich nicht darauf einzulassen, daß der Verletzer ihm seinen Arzt zur Heilung schickt, oder darauf, daß der Verpflichtete ihm Handwerker zur Reparatur schickt oder daß er die Sache dem Verpflichteten zur Reparatur übergiebt und dieser die Reparatur bewirken läßt. Er kann die Wiederherstellung selbst bewirken lassen und Geldersatz, Bezahlung des Arztes, Befreiung von der Verbindlichkeit gegen den Arzt, Erstattung der Auslagen fordern. § 249 Satz 2. Er kann aber auch die Herstellung fordern. Bestimmt er dem Verpflichteten dazu eine angemessene Frist mit der Erklärung, daß er die Herstellung nach Ablauf der Frist ablehne, so muß der Verpflichtete die Herstellung in der bestimmten angemessenen Frist bewirken, sonst muß er die Geldentschädigung zahlen, der Berechtigte ist aber dann auch auf die Geldentschädigung beschränkt. § 250. Nach § 255 CPO. kann der Berechtigte die Festsetzung der Frist durch Urtheil auf die Klage hin verlangen, mit der er Restitution fordert. Ist die von der Partei bestimmte Frist der Sachlage nach nicht angemessen, so bleibt dem Verpflichteten das Recht in der objektiv angemessenen Frist die Wiederherstellung zu bewirken; lehnt der Berechtigte dies ab, so wird der Verpflichtete nicht frei, aber er zahlt nur das, was die Wiederherstellung ihm gekostet haben würde. Der Streit über die Angemessenheit der Frist ist vom Richter zu entscheiden, wenn der Beschädigte die Geldentschädigung fordert. Die Interesseforderung aus Nichterfüllung von Schuldverbindlichkeiten geht naturgemäß immer auf Geld.

Die §§ 3, 4, 7 des Haftpflichtges. vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 EG. z. BGB. enthalten spezielle Vorschriften über die Art des Schadensersatzes bei Körperverletzungen. Lediglich Vergütung in Geld statuirt § 951 für die Fälle der §§ 946, 950 BGB.; Entschädigung in Geldrente schreiben vor die §§ 843, 844 für Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit und den Verlust der Unter-

haltsberechtigten bei Tödtung des Ernährers, der § 912 bei Beschädigung durch Ueberbau, ferner § 917 Abs. 2 (EG. Art. 116, 123) bei Nothweg. Abgesehen von diesen Fällen kennt das BGB. Geldentschädigung nur in der Form der Kapitalentschädigung; diese ist wie im ALR. die Regel, die Rente die Ausnahme. Vgl. ALR. I 6, §§ 99 ff., 105 ff., 126. I 22 § 6. RG. 9 S. 279, 45 S. 203.

Das BGB. geht wie das ALR. davon aus, daß die Schadensforderung dieselbe ist, ohne Unterschied, ob die Folgen des entstandenen Schadens sich in die Zukunft erstrecken und sich periodisch erneuern oder nicht; entweder ist die Sache unbrauchbar geworden oder durch Schmälerung der Ertragsfähigkeit in ihrem Werth vermindert; in beiden Fällen kann der Schaden festgestellt und durch eine Summe abgefunden werden. So liegt die Sache z. B., wenn durch Zuleitung von Wasser eine Wiese versumpft und der jährliche Ertrag vermindert ist, wenn durch Betrieb eines Bergwerks eine Quelle, ein Teich trocken gelegt, ein jährlich wiederkehrender Schaden für die Wirthschaft verursacht ist, wenn durch Zuleitung von Grubenwasser in einen Fischteich der jährliche Ertrag der Fischerei beseitigt oder vermindert ist, wenn durch Entziehung von Wasser der Betrieb einer Mühle dauernd oder zeitweilig gestört ist.

Zu bemerken ist, daß nach § 338 im Zweifel die Draufgabe auf den Schadensbetrag wegen Nichterfüllung anzurechnen oder zurückzugeben ist, und daß nach § 341 grundsätzlich Schadensersatz wegen Nichterfüllung den Anspruch auf Erfüllung ausschließt.

50. Restitution. Die praktische Tragweite des Grundsatzes in § 249 zeigt sich in der verschiedensten Gestalt. Der auf Grund meineidiger Diffession der Acceptunterschrift rechtskräftig abgewiesene Wechselgläubiger fordert Restitution durch Zahlung der Wechselsumme nebst Zinsen, StAr. 50 S. 216. Wenn der Wechselgläubiger vertragsmäßig verpflichtet ist, dem Wechselschuldner die Schuld fünf Jahr zu stunden, gleichwohl den Wechsel begiebt und der Schuldner dem gutgläubigen Dritten zahlen muß, hat der Schuldner gegen den Gläubiger nach § 249 Anspruch auf Erstattung der Wechselsumme, OHG. 2 S. 389; wenn A dem B einen domizilirten Wechsel zum Inkasso girirt, B den Protest versäumt, hat er die Wechselsumme dem A an Stelle des werthlosen Wechsels zu zahlen, StrA. 45 S. 342, ebenso wenn in Folge des versäumten Protestes nur der Regreß verloren geht; er kann den Mandanten nicht auf die Klage gegen den Acceptanten verweisen, OHG. 12 S. 316. RG. 9 S. 288. (Der Bevollmächtigte zahlt die Wechselsumme, wenn er den Wechsel dem Schuldner ohne Zahlung herausgiebt.) Ebenso zahlt der Nehmer eines Wechsels zahlungshalber, der den Wechsel präjudiziren läßt, die Wechselsumme, OHG. 17 S. 269; der Spediteur, der gegen Nachnahme ausliefern soll und ohne Nachnahme ausliefert, restituirt durch Zahlung der Nachnahme, RG. 13 S. 61, 65; der Verkaufsagent, der schuldhaft an einen insolventen Käufer verkauft und ausliefert, zahlt den Kaufpreis und kann den Prinzipal nicht auf die Geltendmachung im Konkurse verweisen. OHG. 14 S. 400.

Wer ein Patent ertheilt erhalten hat, obwohl es ihm nach § 3 Abs. 2 des Patentges. nicht hätte ertheilt werden dürfen, weil er dem Erfinder die Erfindung entwendet hat, restituirt dadurch, daß er das zu Unrecht erhaltene Patent dem Erfinder abtritt, RG. 29 S. 49, und wer wegen Patentverletzung, Nachdrucks, oder sonstigen Eingriffs in fremdes Recht (Erfindung vor der Patentirung) Schadensersatz zu leisten hat, restituirt, indem er den von ihm selbst gezogenen Gewinn

herausgiebt, ohne daß zu untersuchen, ob der Berechtigte den Gewinn selbst gemacht haben würde. RG. 35 S. 64, 37 S. 40, 43 S. 56. Wenn der Spediteur die Verschlechterung des Guts verschuldet, wird er regelmäßig nur den Minderwerth zu ersetzen haben, da § 91 I 6 ALR. nicht aufgenommen ist; aber wenn der Käufer, dem er das importirte Gut auszuliefern hatte, es in Folge der Verschlechterung nicht abnimmt, kann konkret zum Schadensersatz erforderlich sein, daß der Spediteur gegen Ueberlassung des Guts den Kaufpreis zahlt, den der Käufer gezahlt haben würde. RG. 38 S. 17.

Um Schadensersatz durch Restitution handelt es sich auch in den Fällen der §§ 302, 600, 717 CPO. Die Fälle der §§ 302, 600 sind klar. Nach § 717 Abs. 2 ist der Kläger zum Schadensersatz verpflichtet, wenn ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil nach der Vollstreckung (vgl. §§ 775, 776 CPO.) aufgehoben oder abgeändert ist, oder nach der Aufhebung oder Abänderung vollstreckt ist. Nach der alten Fassung des § 655 Abs. 2 CPO. war der Kläger zur Erstattung des Gezahlten oder Geleisteten (einschließlich der Kosten) zu verurtheilen, d. h. zur einfachen Restitution des früheren Zustandes, wodurch der Anspruch auf weiteren Schadensersatz (Zinsen u. a.) für diesen Rechtsstreit ausgeschlossen wurde. Durch § 757 Abs. 2 der n. F. ist der einfache Restitutions- oder Kondiktionsanspruch in einen wahren Schadensersatzanspruch geändert, der das Besondere hat, daß er ein Verschulden des beitreibenden Gläubigers nicht voraussetzt. Die §§ 249 ff., 254, 291, 292 BGB. finden auf den Anspruch Anwendung; nach § 717 Abs. 2 in Satz 2 wird der Anspruch als zur Zeit der beigetriebenen Zahlung oder Leistung rechtshängig geworden angesehen. Vorausgesetzt ist wie früher ein das vorläufig vollstreckte Urtheil in der Hauptsache aufhebendes oder abänderndes Urtheil. RG. 23 S. 336, 25 S. 421. Wird nachträglich nur die Vollstreckbarkeitserklärung beseitigt, sei es auf Grund der §§ 707, 719 (§§ 647, 657), sei es, weil die Voraussetzungen der §§ 708 (648) ff. fehlten, so hat das, wenn einmal vollstreckt, keine Bedeutung; die Ersatzforderung kann nur im Wege des Urtheils aus § 717 Abs. 2 erfolgen oder durch besondere Klage, die natürlich durch die erleichternde Vorschrift des § 717 Abs. 2 nicht ausgeschlossen werden sollte und konnte.

Vorausgesetzt ist ferner, daß dem Beklagten durch die vorläufige Vollstreckung oder durch die Leistung zur Abwendung der Vollstreckung ein Schaden entstanden. Solcher ist immer entstanden, wenn der Beklagte das Beigetriebene nicht, oder zur Zeit der Beitreibung nicht schuldete. So lag RG. 25 S. 421, wo die Versicherungsgesellschaft in erster Instanz durch vorläufig vollstreckbares Urtheil zur Zahlung der Versicherungssumme verurtheilt war, das Urtheil vollstreckt war, obwohl nach den Statuten die Versicherungssumme erst einen Monat nach rechtskräftiger Feststellung des Anspruchs fällig war. Hier hat der Berufungsrichter mit Recht durch Theilurtheil das erste Urtheil aufgehoben und auf Erstattung der beigetriebenen Summe erkannt, obwohl in der Sache selbst noch Streit über den Anspruch und seine Höhe bestand; der Schadensersatzanspruch auf Restitution des Beigetriebenen war ohne Weiteres liquide. Nicht so liegt die Sache z. B., wenn die Forderung des Klägers unstreitig, der Beklagte eine Gegenforderung geltend macht, der erste Richter sie verwirft, der Beklagte durch vorläufig vollstreckbares Urtheil verurtheilt wird, der Kläger seine Forderung beitreibt, der Beklagte in der Berufungsinstanz ein Urtheil erzielt, durch welches seine Gegenforderung von einem

Eide abhängig gemacht wird, den er zu leisten hat. In diesem Fall hat der Beklagte Schaden durch die vorläufige Vollstreckung erlitten, wenn seine Gegenforderung bestand, keinen, wenn sie nicht bestand. In solchem Falle hat der Berufungsrichter zwar zweifellos das erste Urtheil aufzuheben, dessen Vollstreckbarkeit damit fortfällt, RG. 12 S. 358, aber auf Schadensersatz durch Restitution des Beigetriebenen nebst Zinsen und Kosten hat er nur im Zusammenhange mit der Bestimmung der Folgen der Leistung und Nichtleistung des Eides zu erkennen. Sonst würde es dahin kommen, daß der Kläger auf Grund des rechtskräftigen Urtheils zurückzahlen muß, nach Läuterung des Urtheils aber wiedererhält, was er erstattet hat, wenn durch die Läuterung sich ergiebt, daß die Gegenforderung nicht bestand. Das ist nicht mehr der Sinn des § 717 Abs. 2, daß der Kläger, was er beigetrieben hat, zu restituiren hat, weil er es nicht vorläufig beitreiben durfte, RG. 35 S. 355, sondern daß er zu restituiren hat, was er nicht, oder zur Zeit der Beitreibung nicht zu fordern hatte.

Selbstverständlich ist jetzt, daß das Urtheil auf Restitution (Schadensersatz), auch wenn es in demselben Rechtsstreit ergeht, vollstreckbar erst mit der Rechtskraft oder der Vollstreckbarkeitserklärung wird, da es über einen richtigen materiellen Anspruch erkennt.

51. Konkurrirendes Verschulden. § 254. Der § 688 SBGB. bestimmt, daß der Beschädigte Ersatz des Schadens nicht verlangen kann, den er durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen aufmerksamen Hausvaters abwenden konnte, ausgenommen den Fall, wo der Schaden auf absichtlicher Verschuldung (Arglist) des Schädigers beruht. Das ist der Standpunkt des gem. Rechts. l. 203 D. 50, 7; l. 23 § 8 D. 21, 1. W. 2 § 258 Anm. 17, 18. OHG. 2 S. 387, 12 S. 304, 14 S. 141, 143; 13 S. 197, 206. RG. in Seuff. Arch. 46 Nr. 189. RG. 1 S. 89, 20 S. 397, 46 S. 203, 207. Das ALR. I 6 §§ 18—21 läßt in kasuistischer Weise bei kontraktlicher und außerkontraktlicher Beschädigung das Maß der Verschuldung auf der einen und der anderen Seite für die Ersatzpflicht und den Umfang derselben entscheiden, so daß grobes Versehen auf beiden Seiten die Ersatzpflicht auf den unmittelbaren Schaden einschränkt, grobes Versehen des Schädigers bei konkurrirendem mäßigen oder geringen Versehen des Beschädigten die Ersatzpflicht nicht berührt, grobes Versehen des Beschädigten die Ersatzpflicht aus mäßigem oder geringem Versehen beseitigt ebenso wie mäßiges oder geringes Versehen auf beiden Seiten. Auf ähnlichem Gesichtspunkte beruht § 150 des Preuß. Berggeſ., der die Ersatzpflicht des Bergwerksbesitzers für Beschädigung von Anlagen durch den Bergbau ausschließt, wenn der Beschädigte bei der Anlage die Gefahr erkannte oder erkennen konnte und mußte. RG. 34 S. 269. Für Schiffskollisionen stellte HGB. I Art. 735 Abs. 2 den Grundsatz auf, daß bei beiderseitigem Verschulden die Ersatzpflicht fortfiel.

Das BGB. steht in § 254 (Entw. I § 222) auf einem freieren, weniger mechanischen Standpunkt, der dem verständigen Ermessen des Richters in allen Fällen einer Schadensersatzpflicht einen weiten Spielraum läßt, sowohl bei außerkontraktlicher Beschädigung aus Verschulden und ohne Verschulden wie bei Vertragsverletzung. Wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden (dolus, culpa) des Beschädigten mitgewirkt hat, oder der Beschädigte schuldhaft unterlassen hat, den drohenden Schaden abzuwenden, oder den entstehenden oder entstandenen Schaden zu

mindern, oder der Beschädigte schuldhaft unterlassen hat, den Schuldner (in Vertragsverhältnissen oder außerhalb solcher) auf die demselben unbekannte Gefahr aufmerksam zu machen, daß aus seinem Handeln ein ungewöhnlich hoher Schaden entstehen könne, so soll der Richter nach den Umständen, insbesondere danach, ob der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Theile verursacht worden ist, ermessen, ob es gerecht und billig, daß der Schädiger für den Schaden trotzdem aufzukommen habe, oder gar nicht, oder nur zum Theil. Daß der Schaden durch den Beschädigten hätte vermieden werden können, genügt zur Anwendung des § 254 nicht. Nur in den Fällen des Abs. 2 wird es regelmäßig zu einer Herabsetzung des Schadensbetrags durch Kürzung des plus kommen, das hätte vermieden werden können. In Wahrheit ist § 254 ein Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes in § 242. Deshalb sind alle Umstände des Falls, wie sich aus Abs. 1 ergiebt, zu berücksichtigen, die vorwiegende Verschuldung ebenso wie die Art, das Maß der Verschuldung, auch ob von der einen oder anderen Seite ein Schaden als Ersatz seines Verhaltens vorausgesehen werden konnte oder mußte, oder nicht. RG. 23 S. 137. Bolze 8 Nr. 180. Der Abs. 2 Satz 2 § 254 spricht aus, daß dem Verschulden des Beschädigten das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, für die er nach § 278 einzustehen hat, gleichsteht.

Die Vorschrift, die auf entsprechende Anwendung des § 278 verweist, kann sowohl bei kontraktlichem wie bei außerkontraktlichem Schaden praktisch werden. Bei dem gesetzlichen Vertreter, der an die Stelle des vertretenen Beschädigten tritt, ist dies unbedenklich. In anderen Fällen wird es sich fragen, wieweit Recht und Pflicht des Beauftragten, Bevollmächtigten, Gehülfen, Verwalters, Angestellten, Dienstboten in der Wahrung des Interesses und der Ausübung der Pflichten des Beschädigten geht. Dabei wird Alles auf die konkrete Sachlage ankommen und die Rücksicht auf die Billigkeit entscheiden. Wem der Eigenthümer die custodia einer Sache anvertraut, hat Recht und Pflicht, die Sache vor Schaden zu bewahren, hat drohenden Schaden abzuwenden und die Pflicht des Eigenthümers, für Minderung des Schadens zu sorgen, und der Eigenthümer steht nach § 254 dafür ein, wenn solch Beauftragter eine Beschädigung der Sache mitverschuldet. Nach § 254 würde der Eigenthümer der Schafheerde den Schaden ganz oder theilweise zu tragen haben, wenn durch Schuld des schlafenden Schäfers die Heerde auf einen Eisenbahndamm geräth und überfahren wird. In RG. 5 S. 232 ist das Gegentheil aus der Vorschrift des § 25 des Preuß. Eisenb.Ges. v. 3. Nov. 1838 abgeleitet, daß nur eigenes Verschulden des Beschädigten die Eisenbahngesellschaft exkulpirt. Ebenso § 1 Haftpflichtges. v. 7. Juni 1871. In § 2 des Haftpflichtges. finden § 254 und § 278 Anwendung, ebenso wenn der Dienstherr seinen Kutscher mit Gespann über Land schickt und das Gespann dabei durch Dritte beschädigt wird, der Kutscher aber auch im Verschulden ist, ferner wenn der Fahrgast, der das Gespann gemiethet, durch das Verlangen übermäßig schnellen Fahrens den Tod der Pferde herbeiführt, der Kutscher ihm nicht mittheilt, daß die Pferde krank, wenn der Kutscher die Pferde unvorsichtig im Stalle ohne Schutzmaßregeln neben einen Schläger stellt, durch den die Pferde verletzt werden. Wenn der Pächter das gepachtete Gut durch einen Verwalter bewirthschaften läßt, oder das Gut, von dem ein Theil verpachtet, durch einen Verwalter bewirthschaftet wird, steht der Verwalter für die Anwendung der §§ 254, 278 dem Verpächter und Pächter

gleich. Die Beweislast für die Voraussetzungen des § 254 trifft den, der die Aufhebung oder Minderung des Schadensersatzes in Anspruch nimmt.

Nach § 846 gilt der § 254 auch in den Fällen der §§ 844, 845, wo der Ersatzberechtigte der mittelbar Beschädigte ist, sein Recht aus der unmittelbaren Beschädigung des Unterhaltspflichtigen, Dienstpflichtigen entsteht, von einem Verschulden des mittelbar Beschädigten nicht die Rede sein kann. Hier soll das Verschulden des unmittelbar Verletzten berücksichtigt werden, wodurch das abweichende RG. 14 S. 254 beseitigt ist. (Der Ehemann der Klägerin war getödtet, aber durch eigenes grobes Verschulden; das RG. verwarf die Berufung hierauf und auf § 20 I 6 ALR. vorbehaltlich der Frage, ob durch das eigene grobe Verschulden der Kausalzusammenhang beseitigt). Auch HGB. II hat in § 735 Abs. 2 abweichend von Art. 737 HGB. I den Grundsatz des § 254 für Schiffskollision angenommen. Bei beiderseitigem Verschulden soll die Verpflichtung zum Ersatz und der Umfang der Ersatzpflicht von den Umständen, insbesondere davon abhängen, inwieweit der Zusammenstoß vorwiegend von Personen der einen oder der anderen Besatzung verursacht worden ist. In Zusammenhang mit § 254 steht § 702 BGB., insofern danach der Gastwirth für Geld, Werthpapiere und Kostbarkeiten ex recepto nur bis zu 1000 Mk. haftet; der Gast soll den Wirth auf solche besonders werthvolle Sachen aufmerksam machen, sie ihm zur Aufbewahrung übergeben, sich nicht auf das Einbringen beschränken. Aehnlich § 429 Abs. 2 HGB. II für die Haftung des Frachtführers. Eine hierher gehörige Spezialvorschrift giebt § 839 Abs. 3: Die Ersatzpflicht des schuldigen Beamten tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig den Gebrauch eines Rechtsmittels zur Abwendung des Schadens unterlassen hat. Aus dem Gesichtspunkte des § 254 kann in dem oben behandelten Falle des § 717 Abs. 2 CPO. nie von Schadensersatz die Rede sein, wenn sich herausstellt, daß der Schuldner das Beigetriebene zur Zeit der Beitreibung schuldete.

Nicht in Betracht kommt Abs. 1 § 254, wenn das Handeln (Unterlassen) des Beschädigten sich entweder als Verschulden überhaupt nicht darstellt, RG. 38 S. 320, oder so überwiegt, daß es den Kausalzusammenhang auf der anderen Seite beseitigt. Vgl. BGB. § 122 Abs. 2, § 179 Abs. 3, § 307, § 839 Abs. 3. OHG. 16 S. 111, 19 S. 26, 412; 20 S. 135, 240 zu § 1 des Haftpflichtges. Letzteres wird namentlich vorliegen, wenn der Beschädigte die Gefahr herbeigeführt hat, in der er beschädigt wird. So, wenn der durch ein Thier Beschädigte dasselbe gereizt hat. Jede Schuld des Beschädigten fehlt in dem oben erwähnten RG. 29 S. 120, wo der Kutscher das Durchgehen der Pferde verschuldet, der Dienstherr, um größeres Unglück zu verhüten, den Pferden in die Zügel fiel, und dabei verletzt wurde; ebenso in ObTr. 14 S. 329, wo der Kahnschiffer seinen Kahn so mit dem Steuerruder grobfahrlässig trotz Warnung in das Fahrwasser gelegt hatte, daß das anrennende Schiff gezwungen war, auf die Gefahr der Kollision hin zu handeln. Handeln in Nothwehr schließt Verschulden und Verursachung aus, § 227, StrA. 96 S. 117; irrthümlich angenommene Nothwehr verpflichtet zum Schadensersatz, auch wenn der Irrthum nicht auf Fahrlässigkeit beruht, § 231, RG. 21 S. 295, 296, aber nach § 254 kann diese Schadensersatzpflicht fortfallen, wenn der Beschädigte den Irrthum herbeigeführt hat. (Ueberfall aus Scherz). Vgl. Bd. I S. 340. Der Grundsatz des § 254 wird ferner in den Fällen zur Anwendung zu bringen sein, die ALR. I 6 §§ 24—26 behandelte. RE. 1 Nr. 127. Wenn A den B beleidigt und B den A schlägt und verletzt, wenn Kutscher A auf dem Seitentrittbrett seines Wagens gegen polizeiliche Vorschrift sitzt

und schläft und dabei durch den gegen polizeiliche Vorschrift auf falscher Seite ausweichenden Wagen des B heruntergerissen und verletzt wird, wenn beide Kutscher in der Nacht gegen die Polizeivorschrift ohne Laterne fahren und der Wagen oder der Kutscher dabei verletzt wird, wenn A wiederholt in das Lokal des B widerrechtlich eindringt und beim Hinauswerfen verletzt wird, wenn bei einer Schlägerei beide Parteien sich gegenseitig verletzen, RG. 1 S. 89 (gem. R. § 227 StGB.), wenn A auf verbotenem Wege geht oder fährt und dabei Schaden leidet, wenn A seine Pferde ohne Aufsicht umherlaufen läßt und dieselben dabei in einen vorschriftswidrig unbedeckt gelassenen Brunnen stürzen, wird es überall auf eine konkrete verständige Anwendung des § 254 Abs. 1 ankommen. Vgl. auch RG. 43 S. 369. (Der Miether benutzt wissentlich eine ihm vermiethete feuergefährliche polizeiwidrige Anlage.) Ebenso lag die Sache in den Fällen ObTr. 41 S. 35 (StrA. 33 S. 64), RG. 5 S. 205. StrA. 33 S. 272, 23 S. 35. Wenn ein Bankier einem Handwerker ein Werthpapier verkauft, das zum Zweck der Amortisation öffentlich aufgerufen, so ist Verschulden allein auf Seiten des Bankier anzunehmen, weil er die öffentlichen Anzeigen zu lesen hat, nicht der Handwerker, anders wenn ein Bankier an den anderen verkauft, beide dieselbe Pflicht haben. Wenn der Notar einen nichtigen Wechselprotest aufnimmt, kann er sich dem Ersatzanspruch gegenüber nicht darauf berufen, daß der Andere die Richtigkeit habe erkennen können, aber wohl, wenn er einen Vertrag aufnimmt, der wegen der Taubstummheit des einen Kontrahenten nichtig, dem anderen Kontrahenten gegenüber, der die Taubstummheit gekannt hat.

Im Sinne des Abs. 2 § 254 handelt schuldhaft, wer einen Brief mit Werthpapieren zur Beförderung oder zur Aufbewahrung giebt, ohne zu sagen, daß Werthpapiere darin sind, wer in eigenem Namen für fremde Rechnung kontrahirt, ohne dem Kontrahenten das ungewöhnliche Interesse des Dritten an der Erfüllung mitzutheilen, ebenso wer in gleichem Falle auf das eigene ungewöhnliche Interesse nicht aufmerksam macht. Schuldhaftes Verhalten des Beschädigten in Abwendung oder Minderung des Schadens lag z. B. vor in ObTr. 38 S. 40 (StrA. 29 S. 54), RE. 1 Nr. 101, 102 Erk. c. A hatte dem B die Erbauung eines Tanzsaals nach polizeilicher Zeichnung aufgetragen, B den Bau ausgeführt, die vorgeschriebene Mauerstärke nicht innegehalten; dem A wurde deshalb die Benutzung des Tanzsaals nur unter der Bedingung einer bestimmten Hilfskonstruktion gestattet, die in acht Tagen hätte hergestellt werden können. A unterließ, dem B dies mitzutheilen, ließ den Tanzsaal ein Jahr unbenutzt und verlangte von B demnächst Ersatz des entgangenen Gewinns für ein Jahr. Die Klage ist auf Grund I 6 §§ 18 ff. ALR. abgewiesen, wie sie aus § 254 Abs. 2 mindestens zum Theil abzuweisen wäre. Aehnlich RG. 42 S. 298, wo der Verpächter Schadensersatz aus Versteigerung des Grundstücks forderte, weil er in Folge Nichtzahlung der Pacht Hypothekenzinsen nicht hatte zahlen können, aber eine baare Kaution des Pächters in Händen hatte, aus der er sich wegen der Pacht befriedigen durfte. Der Miether, dem die Wohnung nicht parat gestellt wird, darf nicht in das Hotel ziehen, wenn ihm eine andere Wohnung zur Disposition steht, der Käufer, dem nicht geliefert wird, kann die Vertragsstrafe, die er seinem Abkäufer zu zahlen hat, vom Verkäufer nicht fordern, wenn er ohne Schwierigkeit die nicht gelieferte Waare sich anderweit verschaffen konnte, und der Eigenthümer, der seine Sache einem Anderen anvertraut hat, darf sie nicht ihrem Schicksal überlassen, wenn er weiß, daß der Andere den Besitz der Sache aufgegeben hat. RG. 46 S. 203, 207. OHG. 2 S. 383, 387; 13 S. 197, 206, und OHG. 14 S. 141, 143. Vgl.

auch RG. 29 S. 212, 217 (Mitverschulden an Unterschlagung und dem dadurch erlittenen Schaden.) Nichts anderes gilt für die bekannte Streitfrage, ob der Verletzte sich einer Operation unterziehen muß, die dienlich und erforderlich, um den Tod oder dauerndes Siechthum oder andere schwere Folgen zu vermeiden. Ist davon auszugehen, daß der § 254 nur ein Ausfluß des § 242 ist, die Berücksichtigung aller Umstände des Falls ex bona fide fordert, so darf die Pflicht, sich der Operation zu unterwerfen, weder absolut bejaht noch verneint werden; es kommt vielmehr auch hier alles darauf an, ob das Ansinnen der Operation zur Vermeidung größeren Schadens nach der Natur der Operation, der Art der Verletzung, der Person des Verletzten, der Bedeutung der Operation für den Schadensumfang gerecht und billig war. Bolze 2 Nr. 553, 11 Nr. 185, Seuff. Arch. 46 Nr. 189.

Die Mitwirkung eines Dritten bei der Beschädigung fällt nicht unter § 254, sondern ist aus dem Gesichtspunkte des Kausalzusammenhanges und der Haftung für fremde Schuld zu beurtheilen. Verschulden des Beschädigten in § 254 setzt grundsätzlich voraus, daß der Beschädigte für sein Handeln oder Unterlassen verantwortlich zu machen ist. RG. 1 S. 276, 21 S. 19, 37 S. 155. Unverantwortliches Handeln oder Unterlassen des Beschädigten steht dem Zufall gleich; in § 254 Abs. 1 kann es den Kausalzusammenhang beseitigen ebenso wie die freie Handlung des Beschädigten; und von diesem Gesichtspunkt aus kann es auch in § 254 Abs. 2 in Betracht kommen. Maßgebend für die Beurtheilung der Verantwortlichkeit sind auch hier die §§ 827, 828, obwohl sie über die Beschädigung eines Anderen durch die Handlung des nicht oder beschränkt Verantwortlichen bestimmen. Vgl. dort und ALR. I 6 §§ 40, 41. SBGB. §§ 119, 120.

52. Ansprüche aus der Leistung des Schadensersatzes. § 255 (Entw. I § 223. II § 218. III § 249). Der Sinn des § 255 ist, daß wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechts vollen Ersatz in Geld erhalten hat, neben dem Ersatz nicht noch die Rechte behalten soll, die ihm aus dem Eigenthume der Sache oder aus dem Rechte gegen einen Dritten zustehen, so daß er in die Lage kommen kann, durch Geltendmachung dieser Rechte außer dem vollen Gelderſatz noch einmal Schadensersatz (durch Restitution oder Ersatz) zu erlangen. Das würde nicht zum Schadensersatz, sondern zur Bereicherung führen. Zu Grunde liegt auch hier die Rücksicht auf Gerechtigkeit und Billigkeit, wie in § 281. Darauf beruhte schon der Satz des Röm. R., daß wenn der Entleiher oder Miether dem Leiher oder Vermiether für die gestohlene oder verlorene Sache aufzukommen hatte, der Vermiether, Leiher dem Entleiher, Miether den Anspruch aus seinem Eigenthum gegen den Dritten abzutreten hatte, bei dem die Sache sich später vorfand. W. 2 § 337 Note 2; 1 § 193. Darauf beruht § 91 I 6 ALR., daß derjenige, der für eine beschädigte Sache den vollen Werth der Sache zu ersetzen hat, den Ersatz nur gegen Herausgabe der Sache zu leisten hat (§ 251 Abs. 1 BGB.), ferner der § 254 I 21 ALR., daß der Verleiher, der für die verlorene Sache vom Entleiher Ersatz erhalten hat, wenn die Sache wieder gefunden wird, dem Entleiher entweder die Sache überlassen oder den Ersatz herausgeben muß. Ebenso SBGB. § 961, HGB. I Art. 808, 809, HGB. II §§ 804, 805, ALR. II 8 §§ 2215, 2278. (Eintritt des Versicherers durch Zahlung der Versicherungssumme in die Rechte des Versicherten gegen Dritte.) RG. 25 S. 92, 100. Nach § 255 BGB. ist der Gelderſatz für Verlust der Sache oder des Rechts nur gegen Ab-

tretung der Ansprüche gegen den Dritten zu leisten, d. h. der Ersatzpflichtige kann seine Leistung bis zur Abtretung zurückhalten, ist zur Leistung nur Zug um Zug gegen die Abtretung, die nicht ex lege eintritt, zu verurtheilen, wenn er sein Recht geltend macht, §§ 273, 274, 322 Abs. 1, aber durch die Nichtgeltendmachung allein geht das Recht nicht verloren, da es ein durch die Leistung des vollen Ersatzes Bedingtes ist, durch die Leistung des Ersatzes unbedingt wird. Vgl. aber weiter unten.

Voraussetzung der Anwendung des § 255 ist danach voller Ersatz in Geld für Verlust einer Sache oder eines Rechts durch den zum Ersatz Verpflichteten und daß dem Beschädigten nach dem Ersatz ein Anspruch gegen einen Dritten aus dem Eigenthum an der Sache oder aus dem Recht übrig bleibt. Ist die Sache völlig untergegangen, so kann ein Anspruch gegen den Dritten vorhanden sein, der den Untergang herbeigeführt hat; dieser Anspruch ist dem abzutreten, der aus anderem Rechtsgrund den Schaden zu ersetzen hat, z. B. dem Versicherungsgeber (HGB. II §§ 804, 805, HGB. I Art. 808, 809, OHG. 15 S. 112, 117), aber der Dritte, der den Untergang herbeigeführt hat und zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat selbstverständlich keinen Anspruch auf Abtretung des Anspruchs aus der Versicherung, weil er aus seiner Handlung keine Rechte erwerben kann und der Anspruch aus der Versicherung kein Anspruch aus dem Eigenthum ist. Vgl. OHG. 13 S. 426. (Der Eisenbahnunternehmer, der für Tödtung durch Unfall im Betriebe haftet, hat keinen Anspruch auf die Lebensversicherungssumme.) Der Miether, der Leiher, der Verwahrer, der Lagerhalter, der Spediteur, der Frachtführer, der Pfandgläubiger, der vertragsmäßig seinem Kontrahenten für Beschädigung durch Dritte haftet, hat Anspruch auf Abtretung der Rechte seines Kontrahenten gegen den Dritten aus der Beschädigung der Sache. Ist die Sache nicht total untergegangen, sondern verloren, gestohlen, so hat der für den Verlust aus Verschulden oder ohne Verschulden dem Eigenthümer Verantwortliche gegen den Ersatz Anspruch auf Abtretung der Rechte des Eigenthümers gegen den Dritten, der die Sache gestohlen, gefunden, unterschlagen hat. (§ 702 BGB.) Verlust von Recht ist nicht bloß bei dinglichen Rechten (Nießbrauch, Pfandrecht, Servitut u. a.), sondern auch bei Forderungsrechten denkbar; gerade bei Forderungsrechten ist der § 255 von praktischer Bedeutung. Der Beauftragte, der den Wechselprotest versäumt und dadurch den Verlust des Wechselregresses für den Auftraggeber herbeiführt, kann den Auftraggeber nicht auf die Wechselklage gegen den Acceptanten verweisen, aber gegen den Ersatz der Wechselsumme hat er Abtretung des Wechselrechts gegen den Acceptanten zu fordern, das dem Auftraggeber übrig geblieben ist; der Verkaufsagent, der an einen unsicheren Kunden verkauft hat, der in Konkurs verfällt, hat den Kaufpreis zu zahlen, aber dagegen Abtretung der Rechte gegen die Konkursmasse zu verlangen; OHG. 14 S. 400; der Bevollmächtigte, der den Wechsel ohne Zahlung an den Wechselschuldner herausgiebt, hat die Wechselsumme zu zahlen, kann aber Abtretung der Rechte gegen den Wechselschuldner fordern. RG. 9 S. 288.

Nach der Preuß. AGO. I 22 § 7 wurde der Ersatzleistende durch die Zahlung des Ersatzes für eine Sache nicht Eigenthümer der Sache, sondern mußte sie auf Verlangen des Eigenthümers gegen Erstattung des Gezahlten (ohne Zinsen) herausgeben. Der § 255 BGB. steht auf keinem anderen Standpunkt; nicht der Ersatz, sondern die Abtretung der Rechte aus dem Eigenthum an der Sache, d. h. der Wille, Eigenthum zu übertragen und zu erwerben durch die Abtretung des Eigenthums-

anspruchs wirkt gemäß § 931 (§§ 985 ff., 1017, 1065, 1227) den Eigenthumsübergang. Von selbst versteht sich nach § 255, daß der Dieb durch Ersatzleistung nicht Eigenthümer wird, auch nicht Abtretung fordern kann, wenn der Eigenthümer die Sache ohne Entgelt wiedererlangt, nur aus § 812 einen Anspruch hat. Ist Ersatz ohne Abtretung geleistet, so ist das Eigenthum unberührt geblieben, und erlangt der Eigenthümer die Sache entgeltlich oder unentgeltlich wieder, so kommt § 255 nicht zur Anwendung, da der Eigenthümer kein Dritter ist, vielmehr kann der Ersatzleistende nur zurückfordern, was er geleistet hat, wenn und soweit der Eigenthümer bereichert ist. Ist aber die Abtretung erfolgt, so muß der Eigenthümer als Dritter gelten, gegen den die abgetretene Eigenthumsklage so wirkt wie gegen jeden anderen Dritten. Der Grundsatz in § 820 Abs. 1 Satz 2 trifft nicht zu.

VI. Aufwendungen, jus tollendi, Rechenschaft, Offenbarungseid. E. I §§ 595, 514, 591, 777. II §§ 601, 491, 698, 699, 700. III §§ 250, 251, 252, 253, 254 (§§ 1032, 2101, 657, 680).

53. Die §§ 256—261 stellen allgemeine Rechtssätze auf über den Inhalt einer Reihe von Schuldverhältnissen, die regelmäßig Ausfluß anderer Schuldverhältnisse (Auftrag, Geschäftsführung, Gesellschaft u. a.) sind. Die Rechtssätze sind nicht neu; sie kehren in jedem Recht wieder; in den allgemeinen Theil der Schuldverhältnisse sind sie verwiesen, um Wiederholungen oder Verweisungen zu vermeiden. Vgl. Entw. III §§ 657 Abs. 2, 680 Satz 2, §§ 1032, 2100. Die Schuldverhältnisse entstehen durch Aufwendung für einen Anderen, §§ 256, 257, das jus tollendi, § 258, durch Verwaltung, durch Besitz eines Inbegriffs von Gegenständen, der herauszugeben oder offen zu legen ist. §§ 259—261.

54. Aufwendungen. §§ 256, 257. ALR. I 13 §§ 70—73; 14 § 354; 17 § 225. HGB. I Art. 93. HGB. II §§ 110, 354 Abs. 2, 396, 410, 420. SBGB. § 1315. l. 37 D. 22, 1. l. 18 § 4 D. 3, 5. l. 12 § 9 D. 17, 1. l. 67 § 2 D. 17, 2 u. a. Die Verpflichtung, Aufwendungen zu ersetzen, liegt dem ob, für den sie gemacht sind, entweder aus dem Gesetz, oder aus Rechtsgeschäft. Ein allgemeiner Rechtsatz, daß Aufwendungen für einen Anderen von diesem stets zu ersetzen sind, ist nicht aufgestellt und konnte nicht aufgestellt werden, weil die Ersatzpflicht z. B. fortfällt, wenn der Aufwand donandi animo erfolgt, BGB. §§ 685, 1429, 1615, und stets voraussetzt, daß der Andere ohne Grund haben würde, wenn er nicht ersetzte, was aufgewendet ist. ALR. I 13 §§ 262 ff. BGB. § 812. Das Gesetz legt die Ersatzpflicht in einer Reihe von Fällen auf: dem Gläubiger im Verzuge gegenüber dem Schuldner in § 304, dem Eigenthümer gegenüber dem Besitzer, Finder, Nießbraucher, der ihm eine Sache herauszugeben hat, §§ 347, 850, 970, 987, 988, 994, 1049 (1041, 1055), dem Hinterleger gegenüber dem Verwahrer, § 693, dem Auftraggeber und Geschäftsherrn gegenüber dem Beauftragten, Verwalter, und negot. gestor, §§ 669, 670, 679, 683 (§§ 27 Abs. 3, 450, 601, 1049, 1216, 1978, 1991, 2125, 2130), dem Vermiether (Verpächter) gegenüber dem Miether (Pächter), §§ 592, 593, 547, 538 (§ 581), dem Pfandschuldner dem Pfandgläubiger gegenüber, § 1216, der Ehefrau dem Ehemann gegenüber bei der Verwaltung des Eingebrachten, § 1390, dem Kinde dem Vater gegenüber bei der Verwaltung des Kinderguts, § 1648, dem Mündel dem Vormund gegenüber, § 1835 (§§ 669, 670), dem Nacherben dem Vorerben gegenüber, §§ 2124, 2125.

Ueberall ist der Gesichtspunkt des Auftrags, der neg. gestio, der Bereiche-

rung entscheidend. Aus dem Gesichtspunkt des Auftrags ersetzt z. B. der Trassant dem Gefälligkeitsacceptanten die gezahlte Wechselsumme, wenn er nicht Deckung gegeben hat, oder hat ihn von der Verbindlichkeit zu befreien. ObTr. 15 S. 354. StrA. 68 S. 267 (Gefälligkeitsgiro zur Erleichterung des Diskontirens). Auf denselben Gesichtspunkten beruht die Ersatzpflicht der Gesellschaft dem Gesellschafter gegenüber, des Kommittenten dem Kommissionär gegenüber, das Recht des Spediteurs, des Lagerhalters, HGB. II §§ 110, 396, 410, 420, die allgemeine Vorschrift in § 354 Abs. 2 HGB. Nach § 652 Abs. 2 BGB. hat der Makler Ersatz für Aufwendungen nur aus Vereinbarung zu fordern.

55. Der generelle Rechtssatz der §§ 256, 257 für alle diese Fälle ist: daß der aufgewendete Geldbetrag oder der Werth aufgewendeter Gegenstände von der Zeit der Aufwendung ab zu verzinsen ist, nach § 246 mit vier Prozent, wenn nicht anders vereinbart, und daß da, wo die Aufwendung zu einem bestimmten Zweck in der Uebernahme einer Verbindlichkeit bestand, der Berechtigte von der noch nicht fälligen oder fälligen Verbindlichkeit befreit werden muß, wenn er nicht, bei noch nicht fälliger Verbindlichkeit, Sicherheit gemäß §§ 232 ff. erhält. Solcher Fall liegt z. B. vor beim Auftrag, im eigenen Namen zu kaufen, bei der Einkaufskommission, in dem bereits erwähnten Falle des Gefälligkeits-Accepts oder -Giros. Dabei versteht sich von selbst, daß das Recht sich nicht auf den Anspruch auf Befreiung oder Sicherheitsleistung beschränkt, wenn keine Verpflichtung bestand, in Vorschuß zu gehen, Auslagen zu machen, §§ 669, 670 BGB. In solchem Falle ist nicht bloß Befreiung, sondern Zahlung zur Deckung der übernommenen Verbindlichkeit zu fordern. Entw. I § 595 Abs. 3 Satz 2. Vielfach wird übrigens bedungen sein oder als bedungen zu gelten haben, daß auszulegen, die Verbindlichkeit zu übernehmen und aus eigenen Mitteln zu tilgen, nur Ersatz der Auslage zu fordern ist. (Einkaufs-Kommissionär mit del credere-Provision).

In einzelnen Fällen ist der Anspruch nicht auf das Aufgewendete gegeben, sondern auf die Bereicherung, Werthserhöhung beschränkt, §§ 500, 526, 592, 996, 2381 Abs. 2, daher auch dieser Betrag zu verzinsen, und Zinsen werden nach § 256 Satz 2 für die Zeit nicht gezahlt, in der der Ersatzberechtigte ohne Vergütung die Nutzungen oder Früchte (§§ 99, 100) des Gegenstandes bezieht, für den die Aufwendungen gemacht sind. In solchem Falle wäre es unbillig, ihm Zinsen einer Aufwendung zuzusprechen, die er mit dem Gegenstande mitgenutzt hat. So liegt die Sache z. B. beim Nießbraucher im Falle des § 1049, in § 601 (Leihe), beim Vorerben im Falle der §§ 1978, 1991, 2125, beim gutgläubigen Besitzer, der die Früchte bis zur Rechtshängigkeit behält, §§ 987 ff., 994, beim Pfandgläubiger im Falle §§ 1213, 1216, — dagegen nicht beim Miether (Pächter), der die Sache gegen Vergütung (Mieths-, Pachtzins) nutzt. Vgl. Entw. III § 1032 Abs. 1 Satz 2, § 2100 Abs. 1 Satz 2. SBGB. § 317.

56. Der Anspruch auf Ersatz, Verzinsung, Befreiung wird im Wege der Klage, vgl. CPO. § 887, durchgesetzt, oder nach § 273 Abs. 2 durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechts. SBGB. § 318.

57. Jus tollendi. § 258. Das BGB. giebt wie das bisherige Recht, ALR. I 7 §§ 204, 210, 211; 11 § 303; 21 §§ 130, 131, 280, SBGB. §§ 316, 1201, in einer Reihe von Fällen dem, der eine Sache an den Eigenthümer oder obligatorisch Be-

rechtigten herauszugeben hat, das Recht, eine Einrichtung wegzunehmen, die er mit der Sache verbunden hat. So in § 500 dem Wiederverkäufer dem Käufer gegenüber, in § 547 Abs. 2 Satz 2 (§ 581) dem Miether und Pächter, in § 601 Abs. 2 Satz 2 dem Entleiher, in § 1049 Abs. 2, § 1093 dem Nießbraucher und dem Wohnungsberechtigten, in § 1216 Satz 2 dem Pfandgläubiger, in § 2125 Abs. 2 dem Vorerben, in den §§ 946 ff., 951, 997 dem Besitzer dem Eigenthümer gegenüber. Einrichtung ist eine Art der Verwendung, für die bald Ersatz zu verlangen, bald nur die Wegnahme zugelassen ist; gewöhnlich handelt es sich um bauliche Anlagen (Gebäude, Anbauten, Einbauten, Röhren, Leitungen); aber auch Anpflanzungen gehören dazu. ObTr. 55 S. 66. Die Rechtssätze des § 258 für alle diese Fälle besagen: **a.** Der Berechtigte hat die Sache nach der Wegnahme in den vorigen Stand zu setzen, woraus folgt, daß das Recht der Wegnahme fortfällt, wo dies nicht möglich. § 131 I 21 ALR. Vgl. ObTr. 55 S. 66. RE. 3 Nr. 294a Erk. e (Fortnahme von Bäumen nach jahrelangem Bestand). **b.** Die Wegnahme ist — abweichend vom gem. R., — übereinstimmend mit dem ALR. (vgl. ObTr. 55 S. 66) auch nach der Herausgabe der Sache an den, der die Herausgabe verlangen kann, zulässig, also nicht bloß durch Einrede, sondern durch Klage verfolgbar. Dieser muß die Wegnahme gestatten, kann vor der Wegnahme aber Sicherheitsleistung, §§ 232 ff., für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden verlangen, d. h. dafür, daß er keinen Schaden leidet, die Sache wieder hergestellt wird oder die Kosten ihm erstattet werden. Daß er die Sache auf seine Kosten wiederherstellt, kann nicht verlangt werden.

Ueber die rechtliche Natur des Wegnahmerechts ist bei den einzelnen Fällen zu handeln. Dieselbe ist namentlich für den im RG. 42 S. 194 behandelten Fall der Geltendmachung gegen den Ersteher in der Zwangsversteigerung von Bedeutung. Vgl. jetzt das Zw.Verst.Ges. v. 24. März 1897 §§ 20, 21, 37 Nr. 5, 55.

58. Auskunft und Rechenschaftsablage. § 259 (261). Crome, BR. I §§ 136, 137. Kohler, Arch. Bd. 14 S. 1. Der § 259 stellt keinen generellen Grundsatz darüber auf, von wem und unter welchen Voraussetzungen Auskunft zu ertheilen oder Rechenschaft abzulegen ist. Solche Pflicht ist im einzelnen Falle aus Vertrag oder dem Gesetz zu begründen. Von Auskunftsertheilung ist in den §§ 402, 444, 666, 675, 681 die Rede; der § 666 wird ferner angezogen in den §§ 27, 48, 713, 2057. Die Pflicht zur Rechenschaftsablage statuirt das BGB. in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht, ALR. I 13 §§ 60, 61, 228 ff., 256; 14 §§ 133 ff.; 20 §§ 139 ff.; 17 §§ 219 ff., VormO. § 67, SBGB. §§ 1312, 1393 ff., C. c. art. 1993, namentlich bei Auftrag, Verwaltung, Geschäftsführung ohne Auftrag, Gesellschaft, bei der Antichrese. Unter diese allgemeinen Kategorien fällt die Rechenschaftspflicht des Ehemanns der Ehefrau, des Vaters dem Kind, des Vormunds der Behörde und dem Mündel, des Vorerben dem Nacherben gegenüber, des Testamentsvollstreckers, des Verwalters bei der Zwangsverwaltung. Vgl. §§ 666 (§§ 27, 48), 681, 713, 740, 1214, 1421, 1546, 1667, 1681, 1840, 1890, 1978 (Erbe als Verwalter), 2130, 2218, ZwVGes. § 154. Besonderer Natur sind die Vorschriften in den §§ 1640, 2028. Der § 259 (261) gilt auch für die Fälle, wo das HGB. oder das unberührt gebliebene Landesrecht Rechenschaftspflicht statuirt, das Landesrecht müßte denn Spezialvorschriften geben, nicht bloß auf generelle Vorschrift des beseitigten Landesrechts verweisen. HGB. II §§ 338, 340 Abs. 3 384 406, 492, 499, 503, § 543. Börsenges. § 71. HGB. I Art. 370.

Zur Pflicht, Rechnung zu legen, wird die Rechenschaftspflicht, die etwas anderes ist als die Rechnungslegungspflicht, OHG. 2 S. 436, StrA. 80 S. 271, RE. 2 Nr. 239a Erk. c., nach § 259 erst, wenn die Rechenschaft über eine mit Einnahmen oder Ausgaben oder Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung abzulegen ist. Ob solche Verwaltung vorliegt, ist nur konkret zu finden und bei den einzelnen Fällen zu erörtern. Grundsätzlich ist von Verwaltung in diesem Sinne nur bei fremdem Vermögen und bei Verwaltung in fremdem Interesse zu reden, nicht bei eigenem. Der Nießbraucher nutzt und verwaltet aus eigenem Recht und im eigenen Interesse. Der Ehemann und der Vater nutzt aus eigenem Recht, aber die Verwaltung ist zugleich Pflicht im Interesse der Frau und des Kindes. Der Prinzipal ist dem commis interessé gegenüber nicht Verwalter im Sinne des § 259, hat wohl Auskunft zu ertheilen und die Möglichkeit der Prüfung zu gewähren, aber nicht Rechnung zu legen, OHG. 1 S. 195, 17 S. 275. Das Gleiche gilt von dem Bergwerkseigenthümer, der nach § 56 des Berg-Ges. fremdes Mineral aus eignem Recht zum Eigenthum erwirbt, aber herauszugeben hat. RG. 10 S. 210. Der Besitzer fremden Guts, der weiß, daß er fremdes Gut in Händen hat, ist nach § 687 Abs. 2 als Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln und zur Rechenschaft und ev. Rechnungslegung nach §§ 681, 666 verpflichtet (l. 6 § 3 D. 3, 5), wie dies im PlPr. ObTr. 49 S. 21 (StrA. 50 S. 46), RE. 2 Nr. 255 Erk. d., für das Preuß. R. angenommen ist. (Ebenso ObTr. 52 S. 1. StrA. 87 S. 179 für den Besitzer auf Grund nichtigen Vertrages.) OHG. 12 S. 169, 22 S. 338. RG. 37 S. 41 zum Patentges. §§ 2, 3 Abs. 2, § 5, § 35. RG. 4 6 S. 14, 17. Anders RG. 47 S. 100 für § 15 Ges. v. 12. Mai 1874.

Die generelle Vorschrift des § 259 für diese Fälle betrifft die Art der Erfüllung der Rechenschaftspflicht, ist materieller Rechtssatz. Die Pflicht wird erfüllt durch Mittheilung, Uebergabe einer Rechnung, die eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder (und) Ausgaben enthalten muß. Vgl. OHG. 22 S. 4. Die Belege sind vorzulegen, soweit solche ertheilt zu werden pflegen. Uebergeben werden die Belege nicht, weil sie der Rechnungsleger braucht. Auf diese Erfüllung der Rechenschaftspflicht hat der Berechtigte ein klagbares Recht. Das ist wesentlich bisheriges Recht. Geordnet ist die Zusammenstellung, wenn sie ersehen läßt, was, wofür, von wem, wann eingenommen oder ausgegeben ist. Das ist absolutes Erforderniß. Vgl. StrA. 66 S. 226 (gem. R.). Belege sind nicht absolutes Erforderniß; sie können zum Verständniß der Rechnung erforderlich sein, und müssen dann vorgelegt werden, um die Rechnung als solche gelten zu lassen. Sonst hat der Mangel an Belegen nur zur Folge, daß der unbelegte Rechnungsposten von dem Rechnungspflichtigen zu beweisen ist. Vgl. ObTr. 11 S. 290, 296, StrA. 38 S. 225. OHG. 3 S. 267, 270; 7 S. 92. Unrichtige Rechnung ist Rechnung, ebenso unvollständige. StrA. 23 S. 67. Die Ausgaben hat immer der Rechnungsleger zu justifiziren. Bezüglich der Einnahmen giebt Abs. 2 § 259, wie Preuß. AGO. I 22 §§ 28, 29, 32 ff., EGes. z. CPO. § 16 Nr. 3 dem Berechtigten die Befugniß, von dem Verpflichteten den Offenbarungseid in der Form des Gesetzes zu fordern, sobald die Annahme begründet ist, daß die Einnahmeposten nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, und die Sache nicht von geringer Bedeutung ist. Abs. 3. Ohne erheblichen Grund soll mit Rücksicht auf die Heiligkeit des Eides nicht geschworen werden, also z. B. nicht, wenn es sich um unbedeutende Differenzen handelt. Das ist neuer Satz, aber absolutes Recht.

Der Eid soll dem Berechtigten, dem für die Behauptung von Mehreinnahmen die Beweislast trifft, diese Last erleichtern, dem Verpflichteten das Gewissen und die Aufmerksamkeit schärfen. Ob Grund zu der Annahme vorliegt, daß der Rechnungsleger nicht sorgfältig verfahren, was der Berechtigte darzulegen hat, ist frei zu prüfen; dabei sind die Angaben des Verpflichteten zu beachten, der ohne triftigen Grund zur Eidesleistung nicht gezwungen werden darf. Es kann der Nachweis genügen, daß ein Posten ausgelassen, unrichtig angegeben, daß die Einnahmen im Ganzen nach den früheren Ergebnissen höher sein *müssen* oder zu niedrig *erscheinen*.

Auf Rechnungslegung und Leistung des Offenbarungseides klagt der Berechtigte, wenn die Verpflichtung oder ob die gelegte Rechnung als Rechnung im Sinne § 259 anzusehen, streitig ist. Vgl. CPO. §§ 887, 888 (§§ 773, 774), § 889. Ueber diese Klage giebt § 254 CPO. (§ 230a) eine dankenswerthe praktische Vorschrift, durch welche die Verbindung der präparatorischen Klage auf Rechnungslegung mit der Leistungsklage ermöglicht wird. Ist die Rechnung gelegt, aber der Fall Abs. 2 § 259 gegeben, so findet Klage auf den Offenbarungseid selbständig statt. Vgl. CPO. § 889 (§ 774a) über die Leistung des Eides und die Zwangsvollstreckung. *Die Klage ist nicht erforderlich, wenn der Verpflichtete bereit ist, den Eid zu leisten.* In diesem Falle wird die Eidesleistung ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nach § 261 BGB., §§ 163, 79 des RGes. über die Angel. der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 (RGBl. S. 189, 771) beantragt der Berechtigte oder der Verpflichtete bei dem in § 261 Abs. 1 BGB. bestimmten Amtsgericht die Bestimmung des Termins zur Leistung des Eides, zu dem beide Theile zu laden sind. Vgl. § 15 dess. Ges. Verlangt der Berechtigte den Eid und widerspricht der Verpflichtete der Leistung oder der Norm des Eides, so ist das Verfahren erledigt und den Betheiligten die Austragung des Streits zu überlassen; ein Prüfungsrecht oder Bestimmungsrecht steht dem Amtsgericht nicht zu. Der Abs. 2 § 261 entspricht einem Bedürfniß, das sich in der Praxis vielfach herausgestellt hat. Die Kosten dieses Akts der freiwilligen Gerichtsbarkeit trägt konsequent nach Abs. 3 § 261 BGB. der Extrahent des Verfahrens, d. h. derjenige, der die Eidesleistung verlangt, der Berechtigte, in dessen Interesse der Akt vorgenommen wird.

59. *Herausgabe eines Inbegriffs. Auskunft darüber.* §§ 260, 261. Das BGB. bestimmt in einer Reihe von Fällen die Verpflichtung, über einen Inbegriff von körperlichen und (oder) unkörperlichen Gegenständen, § 90, Auskunft zu ertheilen. Solche Pflicht kann auch durch Rechtsgeschäft begründet sein. Ebenso kann aus Gesetz oder Rechtsgeschäft die Verpflichtung bestehen, einen solchen Inbegriff *herauszugeben*. Beide Verpflichtungen bestehen z. B. bei Verträgen wegen Uebernahme eines Vermögens im Sinne des § 419 und der dort angezogenen §§ 1990, 1991; sie können sich aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben, beim Vormund, bei der Gesellschaft, bei Pacht, wenn der Pächter Inventar herauszugeben hat, bei dem Besitzer im Falle des § 987 Abs. 1. Das BGB. legt solche Pflicht ferner auf dem Erbschaftsbesitzer dem wahren Erben gegenüber in den §§ 2018, 2027, 2362, dem Ehemann der Frau gegenüber im § 1374, im § 2127 dem Vorerben dem Nacherben gegenüber schon vor Eintritt des Falls, dem Erben dem Pflichttheilsberechtigten gegenüber im § 2314. Einen Inbegriff herauszugeben hat der Erbe in § 1990, der Erbschaftsverkäufer dem Erbschaftskäufer, § 2374. In § 2057 werden die §§ 260, 261 angewendet auf das Verhältniß der Miterben bezüglich der Kollationspflicht. Andere Fälle der Auskunftspflicht bestimmen die §§ 1891, 2011.

mindern, oder der Beschädigte schuldhaft unterlassen hat, den Schuldner (in Vertragsverhältnissen oder außerhalb solcher) auf die demselben unbekannte Gefahr aufmerksam zu machen, daß aus seinem Handeln ein ungewöhnlich hoher Schaden entstehen könne, so soll der Richter nach den Umständen, insbesondere danach, ob der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Theile verursacht worden ist, ermessen, ob es gerecht und billig, daß der Schädiger für den Schaden trotzdem aufzukommen habe, oder gar nicht, oder nur zum Theil. Daß der Schaden durch den Beschädigten hätte vermieden werden können, genügt zur Anwendung des § 254 nicht. Nur in den Fällen des Abs. 2 wird es regelmäßig zu einer Herabsetzung des Schadensbetrags durch Kürzung des plus kommen, das hätte vermieden werden können. In Wahrheit ist § 254 ein Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes in § 242. Deshalb sind alle Umstände des Falls, wie sich aus Abs. 1 ergiebt, zu berücksichtigen, die vorwiegende Verschuldung ebenso wie die Art, das Maß der Verschuldung, auch ob von der einen oder anderen Seite ein Schaden als Ersatz seines Verhaltens vorausgesehen werden konnte oder mußte, oder nicht. RG. 23 S. 137. Bolze 8 Nr. 180. Der Abs. 2 Satz 2 § 254 spricht aus, daß dem Verschulden des Beschädigten das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, für die er nach § 278 einzustehen hat, gleichsteht.

Die Vorschrift, die auf entsprechende Anwendung des § 278 verweist, kann sowohl bei kontraktlichem wie bei außerkontraktlichem Schaden praktisch werden. Bei dem gesetzlichen Vertreter, der an die Stelle des vertretenen Beschädigten tritt, ist dies unbedenklich. In anderen Fällen wird es sich fragen, wieweit Recht und Pflicht des Beauftragten, Bevollmächtigten, Gehülfen, Verwalters, Angestellten, Dienstboten in der Wahrung des Interesses und der Ausübung der Pflichten des Beschädigten geht. Dabei wird Alles auf die konkrete Sachlage ankommen und die Rücksicht auf die Billigkeit entscheiden. Wem der Eigenthümer die custodia einer Sache anvertraut, hat Recht und Pflicht, die Sache vor Schaden zu bewahren, hat drohenden Schaden abzuwenden und die Pflicht des Eigenthümers, für Minderung des Schadens zu sorgen, und der Eigenthümer steht nach § 254 dafür ein, wenn solch Beauftragter eine Beschädigung der Sache mitverschuldet. Nach § 254 würde der Eigenthümer der Schafheerde den Schaden ganz oder theilweise zu tragen haben, wenn durch Schuld des schlafenden Schäfers die Heerde auf einen Eisenbahndamm geräth und überfahren wird. In RG. 5 S. 232 ist das Gegentheil aus der Vorschrift des § 25 des Preuß. Eisenb.Ges. v. 3. Nov. 1838 abgeleitet, daß nur eigenes Verschulden des Beschädigten die Eisenbahngesellschaft exkulpirt. Ebenso § 1 Haftpflichtges. v. 7. Juni 1871. In § 2 des Haftpflichtges. finden § 254 und § 278 Anwendung, ebenso wenn der Dienstherr seinen Kutscher mit Gespann über Land schickt und das Gespann dabei durch Dritte beschädigt wird, der Kutscher aber auch im Verschulden ist, ferner wenn der Fahrgast, der das Gespann gemiethet, durch das Verlangen übermäßig schnellen Fahrens den Tod der Pferde herbeiführt, der Kutscher ihm nicht mittheilt, daß die Pferde krank, wenn der Kutscher die Pferde unvorsichtig im Stalle ohne Schutzmaßregeln neben einen Schläger stellt, durch den die Pferde verletzt werden. Wenn der Pächter das gepachtete Gut durch einen Verwalter bewirthschaften läßt, oder das Gut, von dem ein Theil verpachtet, durch einen Verwalter bewirthschaftet wird, steht der Verwalter für die Anwendung der §§ 254, 278 dem Verpächter und Pächter

gleich. Die Beweislast für die Voraussetzungen des § 254 trifft den, der die Aufhebung oder Minderung des Schadensersatzes in Anspruch nimmt.

Nach § 846 gilt der § 254 auch in den Fällen der §§ 844, 845, wo der Ersatzberechtigte der mittelbar Beschädigte ist, sein Recht aus der unmittelbaren Beschädigung des Unterhaltspflichtigen, Dienstpflichtigen entsteht, von einem Verschulden des mittelbar Beschädigten nicht die Rede sein kann. Hier soll das Verschulden des unmittelbar Verletzten berücksichtigt werden, wodurch das abweichende RG. 14 S. 254 beseitigt ist. (Der Ehemann der Klägerin war getödtet, aber durch eigenes grobes Verschulden; das RG. verwarf die Berufung hierauf und auf § 20 I 6 ALR. vorbehaltlich der Frage, ob durch das eigene grobe Verschulden der Kausalzusammenhang beseitigt). Auch HGB. II hat in § 735 Abs. 2 abweichend von Art. 737 HGB. I den Grundsatz des § 254 für Schiffskollision angenommen. Bei beiderseitigem Verschulden soll die Verpflichtung zum Ersatz und der Umfang der Ersatzpflicht von den Umständen, insbesondere davon abhängen, inwieweit der Zusammenstoß vorwiegend von Personen der einen oder der anderen Besatzung verursacht worden ist. In Zusammenhang mit § 254 steht § 702 BGB., insofern danach der Gastwirth für Geld, Werthpapiere und Kostbarkeiten ex recepto nur bis zu 1000 Mk. haftet; der Gast soll den Wirth auf solche besonders werthvolle Sachen aufmerksam machen, sie ihm zur Aufbewahrung übergeben, sich nicht auf das Einbringen beschränken. Aehnlich § 429 Abs. 2 HGB. II für die Haftung des Frachtführers. Eine hierher gehörige Spezialvorschrift giebt § 839 Abs. 3: Die Ersatzpflicht des schuldigen Beamten tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig den Gebrauch eines Rechtsmittels zur Abwendung des Schadens unterlassen hat. Aus dem Gesichtspunkte des § 254 kann in dem oben behandelten Falle des § 717 Abs. 2 CPO. nie von Schadensersatz die Rede sein, wenn sich herausstellt, daß der Schuldner das Beigetriebene zur Zeit der Beitreibung schuldete.

Nicht in Betracht kommt Abs. 1 § 254, wenn das Handeln (Unterlassen) des Beschädigten sich entweder als Verschulden überhaupt nicht darstellt, RG. 38 S. 320, oder so überwiegt, daß es den Kausalzusammenhang auf der anderen Seite beseitigt. Vgl. BGB. § 122 Abs. 2, § 179 Abs. 3, § 307, § 839 Abs. 3. OHG. 16 S. 111, 19 S. 26, 412; 20 S. 135, 240 zu § 1 des Haftpflichtges. Letzteres wird namentlich vorliegen, wenn der Beschädigte die Gefahr herbeigeführt hat, in der er beschädigt wird. So, wenn der durch ein Thier Beschädigte dasselbe gereizt hat. Jede Schuld des Beschädigten fehlt in dem oben erwähnten RG. 29 S. 120, wo der Kutscher das Durchgehen der Pferde verschuldet, der Dienstherr, um größeres Unglück zu verhüten, den Pferden in die Zügel fiel, und dabei verletzt wurde; ebenso in ObTr. 14 S. 329, wo der Kahnschiffer seinen Kahn so mit dem Steuerruder grobfahrlässig trotz Warnung in das Fahrwasser gelegt hatte, daß das anrennende Schiff gezwungen war, auf die Gefahr der Kollision hin zu handeln. Handeln in Nothwehr schließt Verschulden und Verursachung aus, § 227, StrA. 96 S. 117; irrthümlich angenommene Nothwehr verpflichtet zum Schadensersatz, auch wenn der Irrthum nicht auf Fahrlässigkeit beruht, § 231, RG. 21 S. 295, 296, aber nach § 254 kann diese Schadensersatzpflicht fortfallen, wenn der Beschädigte den Irrthum herbeigeführt hat. (Ueberfall aus Scherz). Vgl. Bd. I S. 340. Der Grundsatz des § 254 wird ferner in den Fällen zur Anwendung zu bringen sein, die ALR. I 6 §§ 24—26 behandelte. RE. 1 Nr. 127. Wenn A den B beleidigt und B den A schlägt und verletzt, wenn Kutscher A auf dem Seitentrittbrett seines Wagens gegen polizeiliche Vorschrift sitzt

und schläft und dabei durch den gegen polizeiliche Vorschrift auf falscher Seite ausweichenden Wagen des B heruntergerissen und verletzt wird, wenn beide Kutscher in der Nacht gegen die Polizeivorschrift ohne Laterne fahren und der Wagen oder der Kutscher dabei verletzt wird, wenn A wiederholt in das Lokal des B widerrechtlich eindringt und beim Hinauswerfen verletzt wird, wenn bei einer Schlägerei beide Parteien sich gegenseitig verletzen, RG. 1 S. 89 (gem. R. § 227 StGB.), wenn A auf verbotenem Wege geht oder fährt und dabei Schaden leidet, wenn A seine Pferde ohne Aufsicht umherlaufen läßt und dieselben dabei in einen vorschriftswidrig unbedeckt gelassenen Brunnen stürzen, wird es überall auf eine konkrete verständige Anwendung des § 254 Abs. 1 ankommen. Vgl. auch RG. 43 S. 369. (Der Miether benutzt wissentlich eine ihm vermiethete feuergefährliche polizeiwidrige Anlage.) Ebenso lag die Sache in den Fällen ObTr. 41 S. 35 (StrA. 33 S. 64), RG. 5 S. 205. StrA. 33 S. 272, 23 S. 35. Wenn ein Bankier einem Handwerker ein Werthpapier verkauft, das zum Zweck der Amortisation öffentlich aufgerufen, so ist Verschulden allein auf Seiten des Bankier anzunehmen, weil er die öffentlichen Anzeigen zu lesen hat, nicht der Handwerker, anders wenn ein Bankier an den anderen verkauft, beide dieselbe Pflicht haben. Wenn der Notar einen nichtigen Wechselprotest aufnimmt, kann er sich dem Ersatzanspruch gegenüber nicht darauf berufen, daß der Andere die Richtigkeit habe erkennen können, aber wohl, wenn er einen Vertrag aufnimmt, der wegen der Taubstummheit des einen Kontrahenten nichtig, dem anderen Kontrahenten gegenüber, der die Taubstummheit gekannt hat.

Im Sinne des Abs. 2 § 254 handelt schuldhaft, wer einen Brief mit Werthpapieren zur Beförderung oder zur Aufbewahrung giebt, ohne zu sagen, daß Werthpapiere darin sind, wer in eigenem Namen für fremde Rechnung kontrahirt, ohne dem Kontrahenten das ungewöhnliche Interesse des Dritten an der Erfüllung mitzutheilen, ebenso wer in gleichem Falle auf das eigene ungewöhnliche Interesse nicht aufmerksam macht. Schuldhaftes Verhalten des Beschädigten in Abwendung oder Minderung des Schadens lag z. B. vor in ObTr. 38 S. 40 (StrA. 29 S. 54), RE. 1 Nr. 101, 102 Erk. c. A hatte dem B die Erbauung eines Tanzsaals nach polizeilicher Zeichnung aufgetragen, B den Bau ausgeführt, die vorgeschriebene Mauerstärke nicht innegehalten; dem A wurde deshalb die Benutzung des Tanzsaals nur unter der Bedingung einer bestimmten Hilfskonstruktion gestattet, die in acht Tagen hätte hergestellt werden können. A unterließ, dem B dies mitzutheilen, ließ den Tanzsaal ein Jahr unbenutzt und verlangte von B demnächst Ersatz des entgangenen Gewinns für ein Jahr. Die Klage ist auf Grund I 6 §§ 18 ff. ALR. abgewiesen, wie sie aus § 254 Abs. 2 mindestens zum Theil abzuweisen wäre. Aehnlich RG. 42 S. 298, wo der Verpächter Schadensersatz aus Versteigerung des Grundstücks forderte, weil er in Folge Nichtzahlung der Pacht Hypothekenzinsen nicht hatte zahlen können, aber eine baare Kaution des Pächters in Händen hatte, aus der er sich wegen der Pacht befriedigen durfte. Der Miether, dem die Wohnung nicht parat gestellt wird, darf nicht in das Hotel ziehen, wenn ihm eine andere Wohnung zur Disposition steht, der Käufer, dem nicht geliefert wird, kann die Vertragsstrafe, die er seinem Abkäufer zu zahlen hat, vom Verkäufer nicht fordern, wenn er ohne Schwierigkeit die nicht gelieferte Waare sich anderweit verschaffen konnte, und der Eigenthümer, der seine Sache einem Anderen anvertraut hat, darf sie nicht ihrem Schicksal überlassen, wenn er weiß, daß der Andere den Besitz der Sache aufgegeben hat. RG. 46 S. 203, 207. OHG. 2 S. 383, 387; 13 S. 197, 206, und OHG. 14 S. 141, 143. Vgl.

auch RG. 29 S. 212, 217 (Mitverschulden an Unterschlagung und dem dadurch erlittenen Schaden.) Nichts anderes gilt für die bekannte Streitfrage, ob der Verletzte sich einer Operation unterziehen muß, die dienlich und erforderlich, um den Tod oder dauerndes Siechthum oder andere schwere Folgen zu vermeiden. Ist davon auszugehen, daß der § 254 nur ein Ausfluß des § 242 ist, die Berücksichtigung aller Umstände des Falls ex bona fide fordert, so darf die Pflicht, sich der Operation zu unterwerfen, weder absolut bejaht noch verneint werden; es kommt vielmehr auch hier alles darauf an, ob das Ansinnen der Operation zur Vermeidung größeren Schadens nach der Natur der Operation, der Art der Verletzung, der Person des Verletzten, der Bedeutung der Operation für den Schadensumfang gerecht und billig war. Bolze 2 Nr. 553, 11 Nr. 185, Seuff. Arch. 46 Nr. 189.

Die Mitwirkung eines Dritten bei der Beschädigung fällt nicht unter § 254, sondern ist aus dem Gesichtspunkte des Kausalzusammenhanges und der Haftung für fremde Schuld zu beurtheilen. Verschulden des Beschädigten in § 254 setzt grundsätzlich voraus, daß der Beschädigte für sein Handeln oder Unterlassen verantwortlich zu machen ist. RG. 1 S. 276, 21 S. 19, 37 S. 155. Unverantwortliches Handeln oder Unterlassen des Beschädigten steht dem Zufall gleich; in § 254 Abs. 1 kann es den Kausalzusammenhang beseitigen ebenso wie die freie Handlung des Beschädigten; und von diesem Gesichtspunkt aus kann es auch in § 254 Abs. 2 in Betracht kommen. Maßgebend für die Beurtheilung der Verantwortlichkeit sind auch hier die §§ 827, 828, obwohl sie über die Beschädigung eines Anderen durch die Handlung des nicht oder beschränkt Verantwortlichen bestimmen. Vgl. dort und ALR. I 6 §§ 40, 41. SBGB. §§ 119, 120.

52. Ansprüche aus der Leistung des Schadensersatzes. § 255 (Entw. I § 223. II § 218. III § 249). Der Sinn des § 255 ist, daß wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechts vollen Ersatz in Geld erhalten hat, neben dem Ersatz nicht noch die Rechte behalten soll, die ihm aus dem Eigenthume der Sache oder aus dem Rechte gegen einen Dritten zustehen, so daß er in die Lage kommen kann, durch Geltendmachung dieser Rechte außer dem vollen Gelderſatz noch einmal Schadensersatz (durch Restitution oder Ersatz) zu erlangen. Das würde nicht zum Schadensersatz, sondern zur Bereicherung führen. Zu Grunde liegt auch hier die Rücksicht auf Gerechtigkeit und Billigkeit, wie in § 281. Darauf beruhte schon der Satz des Röm. R., daß wenn der Entleiher oder Miether dem Leiher oder Vermiether für die gestohlene oder verlorene Sache aufzukommen hatte, der Vermiether, Leiher dem Entleiher, Miether den Anspruch aus seinem Eigenthum gegen den Dritten abzutreten hatte, bei dem die Sache sich später vorfand. W. 2 § 337 Note 2; 1 § 193. Darauf beruht § 91 I 6 ALR., daß derjenige, der für eine beschädigte Sache den vollen Werth der Sache zu ersetzen hat, den Ersatz nur gegen Herausgabe der Sache zu leisten hat (§ 251 Abs. 1 BGB.), ferner der § 254 I 21 ALR., daß der Verleiher, der für die verlorene Sache vom Entleiher Ersatz erhalten hat, wenn die Sache wieder gefunden wird, dem Entleiher entweder die Sache überlassen oder den Ersatz herausgeben muß. Ebenso SBGB. § 961, HGB. I Art. 808, 809, HGB. II §§ 804, 805, ALR. II 8 §§ 2215, 2278. (Eintritt des Versicherers durch Zahlung der Versicherungssumme in die Rechte des Versicherten gegen Dritte.) RG. 25 S. 92, 100. Nach § 255 BGB. ist der Gelderſatz für Verlust der Sache oder des Rechts nur gegen Ab=

tretung der Ansprüche gegen den Dritten zu leisten, d. h. der Ersatzpflichtige kann seine Leistung bis zur Abtretung zurückhalten, ist zur Leistung nur Zug um Zug gegen die Abtretung, die nicht ex lege eintritt, zu verurtheilen, wenn er sein Recht geltend macht, §§ 273, 274, 322 Abs. 1, aber durch die Nichtgeltendmachung allein geht das Recht nicht verloren, da es ein durch die Leistung des vollen Ersatzes Bedingtes ist, durch die Leistung des Ersatzes unbedingt wird. Vgl. aber weiter unten.

Voraussetzung der Anwendung des § 255 ist danach voller Ersatz in Geld für Verlust einer Sache oder eines Rechts durch den zum Ersatz Verpflichteten und daß dem Beschädigten nach dem Ersatz ein Anspruch gegen einen Dritten aus dem Eigenthum an der Sache oder aus dem Recht übrig bleibt. Ist die Sache völlig untergegangen, so kann ein Anspruch gegen den Dritten vorhanden sein, der den Untergang herbeigeführt hat; dieser Anspruch ist dem abzutreten, der aus anderem Rechtsgrund den Schaden zu ersetzen hat, z. B. dem Versicherungsgeber (HGB. II §§ 804, 805, HGB. I Art. 808, 809, OHG. 15 S. 112, 117), aber der Dritte, der den Untergang herbeigeführt hat und zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat selbstverständlich keinen Anspruch auf Abtretung des Anspruchs aus der Versicherung, weil er aus seiner Handlung keine Rechte erwerben kann und der Anspruch aus der Versicherung kein Anspruch aus dem Eigenthum ist. Vgl. OHG. 13 S. 426. (Der Eisenbahnunternehmer, der für Tödtung durch Unfall im Betriebe haftet, hat keinen Anspruch auf die Lebensversicherungssumme.) Der Miether, der Leiher, der Verwahrer, der Lagerhalter, der Spediteur, der Frachtführer, der Pfandgläubiger, der vertragsmäßig seinem Kontrahenten für Beschädigung durch Dritte haftet, hat Anspruch auf Abtretung der Rechte seines Kontrahenten gegen den Dritten aus der Beschädigung der Sache. Ist die Sache nicht total untergegangen, sondern verloren, gestohlen, so hat der für den Verlust aus Verschulden oder ohne Verschulden dem Eigenthümer Verantwortliche gegen den Ersatz Anspruch auf Abtretung der Rechte des Eigenthümers gegen den Dritten, der die Sache gestohlen, gefunden, unterschlagen hat. (§ 702 BGB.) Verlust von Recht ist nicht bloß bei dinglichen Rechten (Nießbrauch, Pfandrecht, Servitut u. a.), sondern auch bei Forderungsrechten denkbar; gerade bei Forderungsrechten ist der § 255 von praktischer Bedeutung. Der Beauftragte, der den Wechselprotest versäumt und dadurch den Verlust des Wechselregresses für den Auftraggeber herbeiführt, kann den Auftraggeber nicht auf die Wechselklage gegen den Acceptanten verweisen, aber gegen den Ersatz der Wechselsumme hat er Abtretung des Wechselrechts gegen den Acceptanten zu fordern, das dem Auftraggeber übrig geblieben ist; der Verkaufsagent, der an einen unsicheren Kunden verkauft hat, der in Konkurs verfällt, hat den Kaufpreis zu zahlen, aber dagegen Abtretung der Rechte gegen die Konkursmasse zu verlangen; OHG. 14 S. 400; der Bevollmächtigte, der den Wechsel ohne Zahlung an den Wechselschuldner herausgiebt, hat die Wechselsumme zu zahlen, kann aber Abtretung der Rechte gegen den Wechselschuldner fordern. RG. 9 S. 288.

Nach der Preuß. AGO. I 22 § 7 wurde der Ersatzleistende durch die Zahlung des Ersatzes für eine Sache nicht Eigenthümer der Sache, sondern mußte sie auf Verlangen des Eigenthümers gegen Erstattung des Gezahlten (ohne Zinsen) herausgeben. Der § 255 BGB. steht auf keinem anderen Standpunkt; nicht der Ersatz, sondern die Abtretung der Rechte aus dem Eigenthum an der Sache, d. h. der Wille, Eigenthum zu übertragen und zu erwerben durch die Abtretung des Eigenthums-

anspruchs wirkt gemäß § 931 (§§ 985 ff., 1017, 1065, 1227) den Eigenthumsübergang. Von selbst versteht sich nach § 255, daß der Dieb durch Ersatzleistung nicht Eigenthümer wird, auch nicht Abtretung fordern kann, wenn der Eigenthümer die Sache ohne Entgelt wiedererlangt, nur aus § 812 einen Anspruch hat. Ist Ersatz ohne Abtretung geleistet, so ist das Eigenthum unberührt geblieben, und erlangt der Eigenthümer die Sache entgeltlich oder unentgeltlich wieder, so kommt § 255 nicht zur Anwendung, da der Eigenthümer kein Dritter ist, vielmehr kann der Ersatzleistende nur zurückfordern, was er geleistet hat, wenn und soweit der Eigenthümer bereichert ist. Ist aber die Abtretung erfolgt, so muß der Eigenthümer als Dritter gelten, gegen den die abgetretene Eigenthumsklage so wirkt wie gegen jeden anderen Dritten. Der Grundsatz in § 820 Abs. 1 Satz 2 trifft nicht zu.

VI. Aufwendungen, jus tollendi, Rechenschaft, Offenbarungseid. E. I §§ 595, 514, 591, 777. II §§ 601, 491, 698, 699, 700. III §§ 250, 251, 252, 253, 254 (§§ 1032, 2101, 657, 680).

53. Die §§ 256—261 stellen allgemeine Rechtssätze auf über den Inhalt einer Reihe von Schuldverhältnissen, die regelmäßig Ausfluß anderer Schuldverhältnisse (Auftrag, Geschäftsführung, Gesellschaft u. a.) sind. Die Rechtssätze sind nicht neu; sie kehren in jedem Recht wieder; in den allgemeinen Theil der Schuldverhältnisse sind sie verwiesen, um Wiederholungen oder Verweisungen zu vermeiden. Vgl. Entw. III §§ 657 Abs. 2, 680 Satz 2, §§ 1032, 2100. Die Schuldverhältnisse entstehen durch Aufwendung für einen Anderen, §§ 256, 257, das jus tollendi, § 258, durch Verwaltung, durch Besitz eines Inbegriffs von Gegenständen, der herauszugeben oder offen zu legen ist. §§ 259—261.

54. Aufwendungen. §§ 256, 257. ALR. I 13 §§ 70—73; 14 § 354; 17 § 225. HGB. I Art. 93. HGB. II §§ 110, 354 Abs. 2, 396, 410, 420. SBGB. § 1315. l. 37 D. 22, 1. l. 18 § 4 D. 3, 5. l. 12 § 9 D. 17, 1. l. 67 § 2 D. 17, 2 u. a. Die Verpflichtung, Aufwendungen zu ersetzen, liegt dem ob, für den sie gemacht sind, entweder aus dem Gesetz, oder aus Rechtsgeschäft. Ein allgemeiner Rechtsatz, daß Aufwendungen für einen Anderen von diesem stets zu ersetzen sind, ist nicht aufgestellt und konnte nicht aufgestellt werden, weil die Ersatzpflicht z. B. fortfällt, wenn der Aufwand donandi animo erfolgt, BGB. §§ 685, 1429, 1615, und stets voraussetzt, daß der Andere ohne Grund haben würde, wenn er nicht ersetzte, was aufgewendet ist. ALR. I 13 §§ 262 ff. BGB. § 812. Das Gesetz legt die Ersatzpflicht in einer Reihe von Fällen auf: dem Gläubiger im Verzuge gegenüber dem Schuldner in § 304, dem Eigenthümer gegenüber dem Besitzer, Finder, Nießbraucher, der ihm eine Sache herauszugeben hat, §§ 347, 850, 970, 987, 988, 994, 1049 (1041, 1055), dem Hinterleger gegenüber dem Verwahrer, § 693, dem Auftraggeber und Geschäftsherrn gegenüber dem Beauftragten, Verwalter, und negot. gestor, §§ 669, 670, 679, 683 (§§ 27 Abs. 3, 450, 601, 1049, 1216, 1978, 1991, 2125, 2130), dem Vermiether (Verpächter) gegenüber dem Miether (Pächter), §§ 592, 593, 547, 538 (§ 581), dem Pfandschuldner dem Pfandgläubiger gegenüber, § 1216, der Ehefrau dem Ehemann gegenüber bei der Verwaltung des Eingebrachten, § 1390, dem Kinde dem Vater gegenüber bei der Verwaltung des Kinderguts, § 1648, dem Mündel dem Vormund gegenüber, § 1835 (§§ 669, 670), dem Nacherben dem Vorerben gegenüber, §§ 2124, 2125.

Ueberall ist der Gesichtspunkt des Auftrags, der neg. gestio, der Bereiche-

rung entscheidend. Aus dem Gesichtspunkt des Auftrags ersetzt z. B. der Trassant dem Gefälligkeitsacceptanten die gezahlte Wechselsumme, wenn er nicht Deckung gegeben hat, oder hat ihn von der Verbindlichkeit zu befreien. ObTr. 15 S. 354. StrA. 68 S. 267 (Gefälligkeitsgiro zur Erleichterung des Diskontirens). Auf denselben Gesichtspunkten beruht die Ersatzpflicht der Gesellschaft dem Gesellschafter gegenüber, des Kommittenten dem Kommissionär gegenüber, das Recht des Spediteurs, des Lagerhalters, HGB. II §§ 110, 396, 410, 420, die allgemeine Vorschrift in § 354 Abs. 2 HGB. Nach § 652 Abs. 2 BGB. hat der Makler Ersatz für Aufwendungen nur aus Vereinbarung zu fordern.

55. Der generelle Rechtssatz der §§ 256, 257 für alle diese Fälle ist: daß der aufgewendete Geldbetrag oder der Werth aufgewendeter Gegenstände von der Zeit der Aufwendung ab zu verzinsen ist, nach § 246 mit vier Prozent, wenn nicht anders vereinbart, und daß da, wo die Aufwendung zu einem bestimmten Zweck in der Uebernahme einer Verbindlichkeit bestand, der Berechtigte von der noch nicht fälligen oder fälligen Verbindlichkeit befreit werden muß, wenn er nicht, bei noch nicht fälliger Verbindlichkeit, Sicherheit gemäß §§ 232 ff. erhält. Solcher Fall liegt z. B. vor beim Auftrag, im eigenen Namen zu kaufen, bei der Einkaufskommission, in dem bereits erwähnten Falle des Gefälligkeits-Accepts oder -Giros. Dabei versteht sich von selbst, daß das Recht sich nicht auf den Anspruch auf Befreiung oder Sicherheitsleistung beschränkt, wenn keine Verpflichtung bestand, in Vorschuß zu gehen, Auslagen zu machen, §§ 669, 670 BGB. In solchem Falle ist nicht bloß Befreiung, sondern Zahlung zur Deckung der übernommenen Verbindlichkeit zu fordern. Entw. I § 595 Abs. 3 Satz 2. Vielfach wird übrigens bedungen sein oder als bedungen zu gelten haben, daß auszulegen, die Verbindlichkeit zu übernehmen und aus eigenen Mitteln zu tilgen, nur Ersatz der Auslage zu fordern ist. (Einkaufs-Kommissionär mit del credere-Provision).

In einzelnen Fällen ist der Anspruch nicht auf das Aufgewendete gegeben, sondern auf die Bereicherung, Werthserhöhung beschränkt, §§ 500, 526, 592, 996, 2381 Abs. 2, daher auch dieser Betrag zu verzinsen, und Zinsen werden nach § 256 Satz 2 für die Zeit nicht gezahlt, in der der Ersatzberechtigte ohne Vergütung die Nutzungen oder Früchte (§§ 99, 100) des Gegenstandes bezieht, für den die Aufwendungen gemacht sind. In solchem Falle wäre es unbillig, ihm Zinsen einer Aufwendung zuzusprechen, die er mit dem Gegenstande mitgenutzt hat. So liegt die Sache z. B. beim Nießbraucher im Falle des § 1049, in § 601 (Leihe), beim Vorerben im Falle der §§ 1978, 1991, 2125, beim gutgläubigen Besitzer, der die Früchte bis zur Rechtshängigkeit behält, §§ 987 ff., 994, beim Pfandgläubiger im Falle §§ 1213, 1216, — dagegen nicht beim Miether (Pächter), der die Sache gegen Vergütung (Miethss-, Pachtzins) nutzt. Vgl. Entw. III § 1032 Abs. 1 Satz 2, § 2100 Abs. 1 Satz 2. SBGB. § 317.

56. Der Anspruch auf Ersatz, Verzinsung, Befreiung wird im Wege der Klage, vgl. CPO. § 887, durchgesetzt, oder nach § 273 Abs. 2 durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechts. SBGB. § 318.

57. Jus tollendi. § 258. Das BGB. giebt wie das bisherige Recht, ALR. I 7 §§ 204, 210, 211; 11 § 303; 21 §§ 130, 131, 280, SBGB. §§ 316, 1201, in einer Reihe von Fällen dem, der eine Sache an den Eigenthümer oder obligatorisch Be-

rechtigten herauszugeben hat, das Recht, eine Einrichtung wegzunehmen, die er mit der Sache verbunden hat. So in § 500 dem Wiederverkäufer dem Käufer gegenüber, in § 547 Abs. 2 Satz 2 (§ 581) dem Miether und Pächter, in § 601 Abs. 2 Satz 2 dem Entleiher, in § 1049 Abs. 2, § 1093 dem Nießbraucher und dem Wohnungsberechtigten, in § 1216 Satz 2 dem Pfandgläubiger, in § 2125 Abs. 2 dem Vorerben, in den §§ 946 ff., 951, 997 dem Besitzer dem Eigenthümer gegenüber. Einrichtung ist eine Art der Verwendung, für die bald Ersatz zu verlangen, bald nur die Wegnahme zugelassen ist; gewöhnlich handelt es sich um bauliche Anlagen (Gebäude, Anbauten, Einbauten, Röhren, Leitungen); aber auch Anpflanzungen gehören dazu. ObTr. 55 S. 66. Die Rechtssätze des § 258 für alle diese Fälle besagen: a. Der Berechtigte hat die Sache nach der Wegnahme in den vorigen Stand zu setzen, woraus folgt, daß das Recht der Wegnahme fortfällt, wo dies nicht möglich. § 131 I 21 ALR. Vgl. ObTr. 55 S. 66. RG. 3 Nr. 294a Erk. e (Fortnahme von Bäumen nach jahrelangem Bestand). b. Die Wegnahme ist — abweichend vom gem. R., — übereinstimmend mit dem ALR. (vgl. ObTr. 55 S. 66) auch nach der Herausgabe der Sache an den, der die Herausgabe verlangen kann, zulässig, also nicht bloß durch Einrede, sondern durch Klage verfolgbar. Dieser muß die Wegnahme gestatten, kann vor der Wegnahme aber Sicherheitsleistung, §§ 232 ff., für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden verlangen, d. h. dafür, daß er keinen Schaden leidet, die Sache wieder hergestellt wird oder die Kosten ihm erstattet werden. Daß er die Sache auf seine Kosten wiederherstellt, kann nicht verlangt werden.

Ueber die rechtliche Natur des Wegnahmerechts ist bei den einzelnen Fällen zu handeln. Dieselbe ist namentlich für den im RG. 42 S. 194 behandelten Fall der Geltendmachung gegen den Ersteher in der Zwangsversteigerung von Bedeutung. Vgl. jetzt das Zw.Verst.Ges. v. 24. März 1897 §§ 20, 21, 37 Nr. 5, 55.

58. Auskunft und Rechenschaftsablage. § 259 (261). Crome, BR. I §§ 136, 137. Kohler, Arch. Bd. 14 S. 1. Der § 259 stellt keinen generellen Grundsatz darüber auf, von wem und unter welchen Voraussetzungen Auskunft zu ertheilen oder Rechenschaft abzulegen ist. Solche Pflicht ist im einzelnen Falle aus Vertrag oder dem Gesetz zu begründen. Von Auskunftsertheilung ist in den §§ 402, 444, 666, 675, 681 die Rede; der § 666 wird ferner angezogen in den §§ 27, 48, 713, 2057. Die Pflicht zur Rechenschaftsablage statuirt das BGB. in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht, ALR. I 13 §§ 60, 61, 228 ff., 256; 14 §§ 133 ff.; 20 §§ 139 ff.; 17 §§ 219 ff., VormO. § 67, SBGB. §§ 1312, 1393 ff., C. c. art. 1993, namentlich bei Auftrag, Verwaltung, Geschäftsführung ohne Auftrag, Gesellschaft, bei der Antichrese. Unter diese allgemeinen Kategorien fällt die Rechenschaftspflicht des Ehemanns der Ehefrau, des Vaters dem Kind, des Vormunds der Behörde und dem Mündel, des Vorerben dem Nacherben gegenüber, des Testamentsvollstreckers, des Verwalters bei der Zwangsverwaltung. Vgl. §§ 666 (§§ 27, 48), 681, 713, 740, 1214, 1421, 1546, 1667, 1681, 1840, 1890, 1978 (Erbe als Verwalter), 2130, 2218, ZwVGes. § 154. Besonderer Natur sind die Vorschriften in den §§ 1640, 2028. Der § 259 (261) gilt auch für die Fälle, wo das HGB. oder das unberührt gebliebene Landesrecht Rechenschaftspflicht statuirt, das Landesrecht müßte denn Spezialvorschriften geben, nicht bloß auf generelle Vorschrift des beseitigten Landesrechts verweisen. HGB. II §§ 338, 340 Abs. 3 384 406, 492, 499, 503, § 543. Börsengeſ. § 71. HGB. I Art. 370.

Zur Pflicht, Rechnung zu legen, wird die Rechenschaftspflicht, die etwas anderes ist als die Rechnungslegungspflicht, OHG. 2 S. 436, StrA. 80 S. 271, RE. 2 Nr. 239a Erk. c., nach § 259 erst, wenn die Rechenschaft über eine mit Einnahmen oder Ausgaben oder Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung abzulegen ist. Ob solche Verwaltung vorliegt, ist nur konkret zu finden und bei den einzelnen Fällen zu erörtern. Grundsätzlich ist von Verwaltung in diesem Sinne nur bei fremdem Vermögen und bei Verwaltung in fremdem Interesse zu reden, nicht bei eigenem. Der Nießbraucher nutzt und verwaltet aus eigenem Recht und im eigenen Interesse. Der Ehemann und der Vater nutzt aus eigenem Recht, aber die Verwaltung ist zugleich Pflicht im Interesse der Frau und des Kindes. Der Prinzipal ist dem commis interessé gegenüber nicht Verwalter im Sinne des § 259, hat wohl Auskunft zu ertheilen und die Möglichkeit der Prüfung zu gewähren, aber nicht Rechnung zu legen, OHG. 1 S. 195, 17 S. 275. Das Gleiche gilt von dem Bergwerkseigenthümer, der nach § 56 des Berg-Ges. fremdes Mineral aus eignem Recht zum Eigenthum erwirbt, aber herauszugeben hat. RG. 10 S. 210. Der Besitzer fremden Guts, der weiß, daß er fremdes Gut in Händen hat, ist nach § 687 Abs. 2 als Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln und zur Rechenschaft und ev. Rechnungslegung nach §§ 681, 666 verpflichtet (l. 6 § 3 D. 3, 5), wie dies im PlPr. ObTr. 49 S. 21 (StrA. 50 S. 46), RE. 2 Nr. 255 Erk. d., für das Preuß. R. angenommen ist. (Ebenso ObTr. 52 S. 1. StrA. 87 S. 179 für den Besitzer auf Grund nichtigen Vertrages.) OHG. 12 S. 169, 22 S. 338. RG. 37 S. 41 zum Patentges. §§ 2, 3 Abs. 2, § 5, § 35. RG. 4 6 S. 14, 17. Anders RG. 47 S. 100 für § 15 Ges. v. 12. Mai 1874.

Die generelle Vorschrift des § 259 für diese Fälle betrifft die Art der Erfüllung der Rechenschaftspflicht, ist materieller Rechtssatz. Die Pflicht wird erfüllt durch Mittheilung, Uebergabe einer Rechnung, die eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder (und) Ausgaben enthalten muß. Vgl. OHG. 22 S. 4. Die Belege sind vorzulegen, soweit solche ertheilt zu werden pflegen. Uebergeben werden die Belege nicht, weil sie der Rechnungsleger braucht. Auf diese Erfüllung der Rechenschaftspflicht hat der Berechtigte ein klagbares Recht. Das ist wesentlich bisheriges Recht. Geordnet ist die Zusammenstellung, wenn sie ersehen läßt, was, wofür, von wem, wann eingenommen oder ausgegeben ist. Das ist absolutes Erforderniß. Vgl. StrA. 66 S. 226 (gem. R.). Belege sind nicht absolutes Erforderniß; sie können zum Verständniß der Rechnung erforderlich sein, und müssen dann vorgelegt werden, um die Rechnung als solche gelten zu lassen. Sonst hat der Mangel an Belegen nur zur Folge, daß der unbelegte Rechnungsposten von dem Rechnungspflichtigen zu beweisen ist. Vgl. ObTr. 11 S. 290, 296, StrA. 38 S. 225. OHG. 3 S. 267, 270; 7 S. 92. Unrichtige Rechnung ist Rechnung, ebenso unvollständige. StrA. 23 S. 67. Die Ausgaben hat immer der Rechnungsleger zu justifiziren. Bezüglich der Einnahmen giebt Abs. 2 § 259, wie Preuß. AGO. I 22 §§ 28, 29, 32ff., EGes. z. CPO. § 16 Nr. 3 dem Berechtigten die Befugniß, von dem Verpflichteten den Offenbarungseid in der Form des Gesetzes zu fordern, sobald die Annahme begründet ist, daß die Einnahmeposten nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, und die Sache nicht von geringer Bedeutung ist. Abs. 3. Ohne erheblichen Grund soll mit Rücksicht auf die Heiligkeit des Eides nicht geschworen werden, also z. B. nicht, wenn es sich um unbedeutende Differenzen handelt. Das ist neuer Satz, aber absolutes Recht.

Der Eid soll dem Berechtigten, dem für die Behauptung von Mehreinnahmen die Beweislast trifft, diese Last erleichtern, dem Verpflichteten das Gewissen und die Aufmerksamkeit schärfen. Ob Grund zu der Annahme vorliegt, daß der Rechnungsleger nicht sorgfältig verfahren, was der Berechtigte darzulegen hat, ist frei zu prüfen; dabei sind die Angaben des Verpflichteten zu beachten, der ohne triftigen Grund zur Eidesleistung nicht gezwungen werden darf. Es kann der Nachweis genügen, daß ein Posten ausgelassen, unrichtig angegeben, daß die Einnahmen im Ganzen nach den früheren Ergebnissen höher sein müssen oder zu niedrig erscheinen.

Auf Rechnungslegung und Leistung des Offenbarungseides klagt der Berechtigte, wenn die Verpflichtung oder ob die gelegte Rechnung als Rechnung im Sinne § 259 anzusehen, streitig ist. Vgl. CPO. §§ 887, 888 (§§ 773, 774), § 889. Ueber diese Klage giebt § 254 CPO. (§ 230a) eine dankenswerthe praktische Vorschrift, durch welche die Verbindung der präparatorischen Klage auf Rechnungslegung mit der Leistungsklage ermöglicht wird. Ist die Rechnung gelegt, aber der Fall Abs. 2 § 259 gegeben, so findet Klage auf den Offenbarungseid selbständig statt. Vgl. CPO. § 889 (§ 774a) über die Leistung des Eides und die Zwangsvollstreckung. Die Klage ist nicht erforderlich, wenn der Verpflichtete bereit ist, den Eid zu leisten. In diesem Falle wird die Eidesleistung ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nach § 261 BGB., §§ 163, 79 des RGes. über die Angel. der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 (RGBl. S. 189, 771) beantragt der Berechtigte oder der Verpflichtete bei dem in § 261 Abs. 1 BGB. bestimmten Amtsgericht die Bestimmung des Termins zur Leistung des Eides, zu dem beide Theile zu laden sind. Vgl. § 15 dess. Ges. Verlangt der Berechtigte den Eid und widerspricht der Verpflichtete der Leistung oder der Norm des Eides, so ist das Verfahren erledigt und den Betheiligten die Austragung des Streits zu überlassen; ein Prüfungsrecht oder Bestimmungsrecht steht dem Amtsgericht nicht zu. Der Abs. 2 § 261 entspricht einem Bedürfniß, das sich in der Praxis vielfach herausgestellt hat. Die Kosten dieses Akts der freiwilligen Gerichtsbarkeit trägt konsequent nach Abs. 3 § 261 BGB. der Extrahent des Verfahrens, d. h. derjenige, der die Eidesleistung verlangt, der Berechtigte, in dessen Interesse der Akt vorgenommen wird.

59. Herausgabe eines Inbegriffs. Auskunft darüber. §§ 260, 261. Das BGB. bestimmt in einer Reihe von Fällen die Verpflichtung, über einen Inbegriff von körperlichen und (oder) unkörperlichen Gegenständen, § 90, Auskunft zu ertheilen. Solche Pflicht kann auch durch Rechtsgeschäft begründet sein. Ebenso kann aus Gesetz oder Rechtsgeschäft die Verpflichtung bestehen, einen solchen Inbegriff herauszugeben. Beide Verpflichtungen bestehen z. B. bei Verträgen wegen Uebernahme eines Vermögens im Sinne des § 419 und der dort angezogenen §§ 1990, 1991; sie können sich aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben, beim Vormund, bei der Gesellschaft, bei Pacht, wenn der Pächter Inventar herauszugeben hat, bei dem Besitzer im Falle des § 987 Abs. 1. Das BGB. legt solche Pflicht ferner auf dem Erbschaftsbesitzer dem wahren Erben gegenüber in den §§ 2018, 2027, 2362, dem Ehemann der Frau gegenüber im § 1374, im § 2127 dem Vorerben dem Nacherben gegenüber schon vor Eintritt des Falls, dem Erben dem Pflichttheilsberechtigten gegenüber im § 2314. Einen Inbegriff herauszugeben hat der Erbe in § 1990, der Erbschaftsverkäufer dem Erbschaftskäufer, § 2374. In § 2057 werden die §§ 260, 261 angewendet auf das Verhältniß der Miterben bezüglich der Kollationspflicht. Andere Fälle der Auskunftspflicht bestimmen die §§ 1891, 2011.

Anderer Art ist der Fall des § 2006 (der Erbe ist dem Nachlaßgläubiger gegenüber zur Manifestirung des Inventars vor dem Nachlaßgericht verpflichtet) und der Fall des § 2028, wo den Personen, die in häuslicher Gemeinschaft mit dem Erblasser gelebt haben, die Verpflichtung zur Auskunft und Manifestirung der Auskunft gemäß §§ 259 Abs. 3, 261 auferlegt ist. Nicht hierher gehört endlich der Offenbarungseid, den der fruchtlos exequirte Schuldner nach §§ 807, 883 ff., 899 CPO. und § 125 KonkO. zu leisten hat.

Für die civilrechtlichen Fälle der Auskunfts- und Herausgabepflicht stellt § 260 einen generellen Rechtssatz über den Inhalt der Verpflichtung dahin auf, daß der Verpflichtete dem Berechtigten ein Verzeichniß des Bestandes vorzulegen und dasselbe unter derselben Voraussetzung wie in § 259 eidlich zu manifestiren hat. Ebenso Preuß. AGO. I 22 § 28. EG. z. CPO. § 16 Nr. 3 Wegen geringfügiger Dinge soll auch hier der Eid nicht verlangt werden. Auch was zu § 259 über den § 261 gesagt, findet hier Anwendung, namentlich die §§ 163, 79 des RGes. über die Angel. der freiw. Gerichtsbarkeit. Vgl. auch EG. Art. 147 Abs. 2 über die Zuständigkeit des Amtsgerichts zur Abnahme des Offenbarungseides in den Fällen, wo landesgesetzlich andere Behörden als die Gerichte für Nachlaßregulirungen zuständig sind.

VII. Wahl- (Alternativ-) Obligation. E. I §§ 207 ff. II §§ 219 ff. III §§ 255 ff. (§ 2154). ALR. I 5 §§ 72, 73, 274; 11 §§ 33 ff.; 12 §§ 388 ff. SBGB. §§ 697 ff., 721 ff., 1012, 1169 ff., 2493 ff. C. c. art. 1189 ff., 1196, 1592. 1854. W. 2 § 255. D. P. 2 § 27. Pr. Pr. 2 § 29. D. BR. 2 §§ 43—45. Eccius 1 § 65; 2 § 128. RE. 1 Nr. 180; 2 Nr. 202. Z-Cr. 2 § 279. Cr. 2 § 6. Endemann 1 § 118. Cosack 1 § 84. Leonhard in Iherings Jahrb. 41 S. 1.

60. Die knappen Vorschriften des BGB. über die alternative Obligation lassen den Begriff doch klar erkennen. In Uebereinstimmung mit dem entwickelten gem., preuß. und französ. Recht ist die alternative Obligation wirkliche Wahlobligation, eine unbedingte Obligation, deren besonderer Inhalt darin besteht: daß mehrere an sich bestimmte Leistungen von Anfang an geschuldet werden, aber nur eine zu bewirken ist. § 262. C. c. art. 1189. plures in obligatione, una in solutione. StrA. 96 S. 238. RE. 1 Nr. 89 Erk. b. OHG. 19 S. 3, 7 (französ. R.). Der Unterschied von der Genusobligation besteht darin, daß bei dieser keine Leistung von Anfang an bestimmt ist, nur der Inhalt durch das genus, die Leistung erst durch die Erfüllungshandlung bestimmt wird. Solch Schuldverhältniß kann durch einseitige Willenserklärung, § 2154 (Wahlvermächtniß), durch Vertrag (Wahlkauf), durch Urtheil begründet werden, und alles zum Gegenstande haben, was Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann. Die naturgemäß gegebene Verschiedenheit der Gegenstände, zwischen denen zu wählen, kann im Gegenstande (schwarzes oder braunes Pferd, Hengst oder Stute), oder in Modalitäten der Leistungen (Lieferung, Leistung nach Zeit oder Ort verschieden, HGB. II § 375, RG. 12 S. 184: Lieferung nach Wahl des Verkäufers in Newcastle oder Hamburg und Preis danach verschieden), selbst in der wahlweisen Gestaltung des Rechtsverhältnisses (Miethe, Pacht oder Kauf) liegen. Vgl. ALR. I 4 § 139; 5 § 251.

Zu beachten ist nur, daß Alternative im Sinne des § 262 nicht vorliegt, wenn ein Rechtsverhältniß fest begründet, wenn von Anfang an nur ein Gegenstand geschuldet, der Schuldner aber nach Vertrag oder Gesetz oder Urtheil be-

fugt ist, sich von der einen geschuldeten Leistung durch eine andere zu lösen, oder der Gläubiger berechtigt ist, an Stelle der geschuldeten ein andere zu fordern, facultas alternativa. Wichtig ist die Unterscheidung, weil die Grundsätze bei der Wahlobligation über die Bestimmung des Leistungsinhalts und die Wirkungen der Unmöglichkeit der Leistung und des Verzuges auf die fac. alt. unanwendbar sind, da die Obligation eine einfache ist. Keine Alternativobligation liegt vor, wenn Gläser zu einem Mahl geliehen worden mit der Abrede, daß der Leiher sie gegen Zahlung des bestimmten Werthes behalten darf, oder behalten muß, was er nicht unbeschädigt oder innerhalb bestimmter Frist zurückgiebt. Endemann a. a. O. § 118 Anm. 1 und 5 (Gajus III § 146). Keine Alternativobligation, sondern fac. alt. liegt vor, wenn der Käufer nach Aufhebung des Kaufgeschäfts wegen Nichtigkeit oder nach Anfechtung, oder der Besitzer fremder Sache zur Herausgabe der Sache oder Ersatz des Werthes verurtheilt wird. Vgl. StrA. 96 S. 238. RE. 1 Nr. 89 (90, 91) Erk. b zu §§ 156 ff. I 5 ALR. Ebenso liegt die Sache in § 251 Abs. 2, in §§ 232 ff., 359, 528, 775 Abs. 2, 1973 Abs. 2, 1992, 2325, 2329 Abs. 2 (der Erbe, der Beschenkte wendet die Herausgabe, der zum Schadensersatz Verpflichtete die Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Werthsersatz oder Geld ab). Bei Reugeldstipulation, § 359, ist in obl. nur die Leistung, der Schuldner wendet sie durch Zahlung des Reugeldes ab. RE. 1 Nr. 106 (107, 108) S. 512. Vgl. auch §§ 249, 251 Abs. 2, 1142.

Noch weniger kann von Alternativobligation geredet werden, wo nicht aus derselben Obligation zwei Leistungsgegenstände alternativ geschuldet oder zu fordern, sondern Vertrag oder Gesetz dem Gläubiger die Wahl zwischen zwei Ansprüchen läßt. Weder Erfüllung oder Vertragsstrafe, noch Wandlung oder Minderung, §§ 462 ff., noch das Wahlrecht der Kontrahenten bei gegenseitigen Verträgen im Falle Verzugs stehen im Verhältniß der Alternative bei der Wahlobligation, auch nicht der Fall in § 2307. Vgl. zu § 179 Bd. 1 S. 281, wo in Zweifel zu ziehen, ob solche Alternative anzunehmen, und § 61 HGB. II. Vgl. auch zu §§ 1345—1347.

In den zu § 243 erwähnten Fällen OHG. 24 S. 30 und StrA. 4 S. 180 liegt die Alternative der Wahlobligation nicht vor, weil nicht mehrere bestimmte Leistungen in obl., durch die Wahl vielmehr das, was Gegenstand der Obligation sein soll, erst bestimmt wird, das Wahlrecht die Natur des Bestimmungsrechts des Vertragsgegenstandes hat, der damit zugleich Leistungsgegenstand wird.

61. Der besondere Inhalt der Wahlobligation macht besondere Normen nur nöthig darüber, wie die Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes gehoben wird, und wie die juristischen Thatsachen, die bei der einfachen Obligation auf den Bestand derselben wirken, bei der Wahlobligation wirken, bevor sie zur einfachen geworden ist. In diesen Normen erschöpft sich die besondere praktische und juristische Bedeutung der Wahlobligation. In Betracht kommt namentlich die Wirkung der Unmöglichkeit der Leistung und des Verzugs.

62. Nach § 263 wird die Wahlobligation zu einer einfachen durch die Wahlerklärung des Wahlberechtigten dem anderen Theil gegenüber. Von selbst versteht sich, daß die Bestimmung der Leistung wie bei der Genusobligation auch durch Vertrag erfolgen kann, l. 27 § 6 D. 2, 14, durch den novationsweise die alter=

native in eine einfache Obligation umgewandelt wird, und daß durch Vertrag die Vorschrift des § 263 Abs. 2 geändert werden kann. Die gewählte Leistung gilt, anders als bei der Genusobligation, als die von Anfang an allein geschuldete. Man drückt dies dahin aus, daß die Wahl die Obligation auf das gewählte Objekt konzentrire. Die Wahlerklärung ist Willenserklärung im Sinne §§ 130 ff. wie Kündigung und Mahnung; wie bei dieser ist konkret namentlich zu prüfen, ob sie zeitlich dem Vertrage entspricht. Grundsätzlich ist dies nur dann anzunehmen, wenn sie erklärt wird, sobald die Leistung gefordert werden kann und geschuldet wird. Wenn eine Rhederei von ihren vier schwimmenden Schiffen nach ihrer Wahl eins verkauft, so kann sie nicht zu einer Zeit wählen, wo die Schiffe noch schwimmen und ihre Rückkehr unsicher ist. Und wenn dem Erben auferlegt ist, bei Volljährigkeit seines Bruders demselben ein bestimmtes Pferd aus dem Nachlaß oder nach seiner Wahl 2000 Thlr. zu geben, so kann der Erbe nicht vor der Volljährigkeit, zu einer Zeit, wo das Pferd dem Krepiren nahe, das Pferd wählen. (Vergl. diese Beispiele bei Leonhard a. a. O.) Der nicht wahlberechtigte Gläubiger kann, von besonderen Abreden abgesehen, die Wahl vom wahlberechtigten Schuldner erst fordern, sobald derselbe zu leisten hat, ebenso kann der wahlberechtigte Gläubiger, erst wählen, sobald er zu fordern hat. Der wahlberechtigte Schuldner kann erst wählen, sobald er zu leisten hat und kann vom wahlberechtigten Gläubiger die Wahl erst fordern, sobald dieser die Leistung anzunehmen hat. Die Wahl steht nach § 262 im Zweifel, d. h. wenn die Auslegung nicht ergiebt, daß die Alternative nicht dem Schuldner, sondern dem Gläubiger dienen soll, dem Schuldner zu. ALR. I 5 § 274; 12 § 388; 16 § 192. SBGB. § 697. C. c. art. 1190. Das BGB. macht davon weder die Ausnahme in ALR. I 11 § 38 (im Zweifel hat der Käufer, Gläubiger die Wahl) noch die des R.R. für das Wahlvermächtniß. BGB. § 2157. Desto vorsichtiger ist im einzelnen Falle zu prüfen, was dem wahren Willen der Kontrahenten entspricht.

Daß ein Dritter wahlberechtigt, ist nicht ausgeschlossen, §§ 317 ff., § 2154. E. I § 212 sagte es ausdrücklich mit dem Zusatz, daß im Zweifel anzunehmen, die Wahl sei bedingend, d. h., daß die Obligation fortfällt, wenn die Wahlerklärung nicht erfolgt, und dem Gläubiger oder Schuldner zu erklären. SBGB. § 698. In den späteren Entw. ist dies gestrichen. Der § 2154 für das Wahlvermächtniß (Uebergang der Wahl auf den Beschwerten) kann nicht angewendet werden. Grundsätzlich ist anzunehmen, daß die Obligation ohne die Wahl fortfällt. Vgl. § 319 Abs. 2. SBGB. § 698. C. c. art. 1592, 1854, ALR. I 5 §§ 72, 73. Die Auslegung kann wie nach E. I § 212 aber zu einem anderen Ergebniß führen. Bei Schenkung namentlich steht der analogen Anwendung des § 2154 nichts im Wege; auch in anderen Fällen kann die Annahme, daß der Bestand der Obligation an die Wahl geknüpft, ausgeschlossen sein. Ob dann die Regel des § 262 oder richterliche Bestimmung eintritt, l. 141 D. 45, 1, § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB., ist nur konkret zu finden.

Das Wahlrecht ist kein höchst persönliches Recht, außer wenn es einem Dritten übertragen; es ist Bestandtheil der Obligation und geht mit Recht und Pflicht auf Singular- und Universalsuccessoren über, deshalb aber auch nicht im Falle des § 267 (Leistungsrecht des Dritten) auf den Dritten. Im Konkurse des Wahlberechtigten übt es der Verwalter aus; mehrere Wahlberechtigte stehen in Gemeinschaft. §§ 741 ff, 2032 ff. Bei mehreren Schuldnern ist die Wahl allen zu erklären, um

den Leistungsgegenstand, der nur einheitlich bestehen kann, festzustellen und alle in Verzug zu setzen. Vgl. §§ 356, 502, 513. Die Wahlerklärung bedarf keiner Form; sie kann selbst stillschweigend, durch Leistung oder Annahme, selbst theilweise, erfolgen, was E. I § 208 Abs. 2 ausdrücklich sagt. C. c. art. 119. Am deutlichsten erfolgt sie durch die Klage des Wahlberechtigten auf eine der Leistungen. Als Willenserklärung unterliegt die Wahl allen Vorschriften der §§ 130 ff., auch bezüglich der Anfechtung. Der Berechtigte, der alle Leistungen bewirkt, weil er sein Wahlrecht nicht kannte, oder die eine, weil er sie für die allein geschuldete hielt, hat nicht gewählt und kondizirt die geleistete, bezw. nach seiner Wahl eine der geleisteten. Mit der cond. der irrthümlich geleisteten Sache erklärt er zugleich, daß er die andere wähle und muß nun diese leisten, nach § 273 regelmäßig Zug um Zug. § 814. SBGB. § 1525 und ALR. I 16 § 192 (anders, wenn irrthümlich Alles geleistet statt eines. Der Gläubiger soll die Wahl haben.) l. 32 § 3 D. 12, 6. l. 10 C. 4, 5.

Widerruflich ist die Wahl nicht; nach § 263 Abs. 2 kann ein jus variandi nicht bestehen. Vgl. W. 2 § 255⁹. E. I § 209, II § 230 bestimmten es ausdrücklich. SBGB. § 699. ObTr. 34 S. 33, RG. 1 Nr. 100 Erk. b, wo der Gutsherrschaft bei Verzug des Kolonen die Wahl zwischen Leistung der Korngefälle in Natur oder in Geld nach den Martinipreisen zustand, Klage auf Leistung in Geld erhoben, die Klage demnächst auf Lieferung in Natur geändert war, was das ObTr. gegen beide Instanzen ablehnte. Irrthum des Gläubigers über sein Wahlrecht modificirt diesen Satz, weil er überhaupt noch nicht gewählt hat, wenn er sein Wahlrecht nicht kannte. Anders lag Bolze 3 Nr. 516, wo es sich um alternative Leistung in Geld oder Naturalien in regelmäßig wiederkehrenden Raten handelte, und die Wahl bei einer Rate anders getroffen wurde, als bei einer früheren; das wird durch die Ausschließung des jus var. regelmäßig nicht ausgeschlossen. l. 21 § 6 D. 19, 1.

63. Die Wahl konzentrirt, abweichend vom R. R., l. 106, l. 138 D. 45, 1, die Obligation auf die gewählte Leistung. Bis zur Wahl besteht das Schuldverhältniß in Bezug auf alle Leistungen; der Schuldner hat die Verpflichtungen aus dem Schuldverhältnisse bezüglich aller, ebenso wie der Gläubiger in Bezug auf alle so weit verpflichtet ist, als für den Gläubiger eine Verpflichtung überhaupt besteht. l. 113 pr. D. 45, 1. § 265 Satz 2. Mit der Wahl beschränkt sich die Verpfichtung auf die gewählte Leistung so, als ob sie von Anfang an allein geschuldet. Das setzt natürlich voraus, daß noch geschuldet werden kann, was gewählt ist; ohne dies ist die Wahl nur scheinbar Wahl.

Waren alle Leistungen von Anfang an unmöglich, so ist das Schuldverhältniß nach § 306 (308), §§ 2171 (2172) nichtig. War nur eine der Leistungen von Anfang an unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältniß von selbst auf die mögliche Leistung. § 265 Satz 1. ALR. I 11 § 33 (anders l. 16 pr. D. 46, 1. Die Wahl der unmöglichen hat keine Bedeutung). Nach § 307 Abs. 2 hat bei Vertrag mit alternativem Inhalt, wenn die eine Leistung oder alle Leistungen von Anfang an unmöglich, derjenige, der die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte, dem anderen Theil, der in bona fide war, das negative Vertragsinteresse in dem früher erörterten Sinn und Umfang zu ersetzen. Vgl. zu

§ 122. Erhellt, daß bei Kenntniß von der Unmöglichkeit der einen Leistung der Vertrag überhaupt nicht geschlossen wäre, so kann solch Irrthum nach § 119 zur Anfechtbarkeit des ganzen Geschäfts führen. Theilweise Unmöglichkeit kann auch hier der totalen Unmöglichkeit gleichstehen. § 282 Abs. 2.

Werden alle Leistungen nachträglich ohne vertretbares Verschulden unmöglich, so fällt die Verpflichtung nach § 275, § 323 fort; wird nur eine der Leistungen nachträglich ohne Verschulden unmöglich, so bleibt nach § 265 Satz 1 nur die andere Leistung in Obligation. ALR. I 5 § 56; 11 §§ 33ff., SBGB. § 1012. C. c. art. 1192ff. zum Theil abweichend. Für den Satz, daß der wahlberechtigte Schuldner sich durch Ersatzleistung für die unmöglich gewordene Leistung befreien kann, wenn die übrig gebliebene werthvoller, ist nach § 265 Satz 1 für das BGB. kein Raum.

64. Ueber die schwierige Frage, wie verschuldete nachträgliche (nach Abschluß des Vertrags, vor der Wahl) eingetretene Unmöglichkeit der einen Leistung wirkt, giebt § 265 Satz 2 die knappe Bestimmung, daß die Beschränkung der Obligation auf die mögliche Leistung nicht eintritt, wenn der nicht wahlberechtigte Theil die Unmöglichkeit zu vertreten hat, woraus folgt, daß die Beschränkung eintritt, wenn der wahlberechtigte Theil die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Verschulden des nicht wahlberechtigten Theils kann das Wahlrecht nicht beschränken.

Klar ist, daß wenn alle Leistungen nachträglich unmöglich werden, der Schuldner befreit wird, wenn er das Wahlrecht hatte und der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat, § 275, daß er ferner die Wahl hat, für welche der Leistungen er Ersatz fordern will und daß er bei gegenseitigen Verträgen auch die Wahl hat, für welche der Leistungen er die Gegenleistung und für welche er Ersatz fordern will. § 265 Satz 2, § 324. Hat in demselben Falle der Gläubiger das Wahlrecht, so wird der Schuldner wie im ersten Fall nach § 275 befreit; sobald die eine Leistung unmöglich gemacht, wird die Obligation nach § 265 Satz 2 auf die andere beschränkt und nachdem auch diese unmöglich gemacht, der Schuldner ganz befreit. Er fordert Ersatz für die erste und die Gegenleistung für die zweite Leistung; wenn die Unmöglichkeit gleichzeitig eingetreten, wird ihm die Wahl zustehen.

Werden alle Leistungen nachträglich durch Verschulden des Schuldners unmöglich, so ist er nach §§ 280ff., 325 dem Gläubiger zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Gläubiger wahlberechtigt, nach Wahl des Gläubigers, für welche der Leistungen Ersatz zu fordern; ist er selbst wahlberechtigt, so leistet er Ersatz für die zuletzt unmöglich gewordene Leistung, bei gleichzeitigem Eintritt der Unmöglichkeit muß dem Gläubiger die Wahl zustehen.

Wird nur eine der Leistungen nachträglich durch Verschulden des wahlberechtigten Schuldners unmöglich, so beschränkt sich die Obligation nach § 265 Satz 2 auf die andere Leistung. Geht diese nachher ohne Verschulden unter, so würde die Obligation an sich getilgt sein. Das kann aber trotz Mangels einer Vorschrift darüber nicht angenommen werden, weil ohne das Verschulden des Schuldners bei der ersten Leistung die Obligation nicht fortgefallen wäre, der Zufall bei der zweiten durch sein Verschulden bei der ersten schädlich geworden ist. Nach §§ 275, 280 BGB. ist deshalb anzunehmen, daß der Schuldner in diesem Falle für die erste Leistung

Ersatz zu leisten hat. l. 95 § 1 D. 44, 3. Arch. f. d. civ. Pr. 34 S. 275 ff. Wird eine der Leistungen durch Verschulden des nicht wahlberechtigten Schuldners unmöglich, so tritt nach § 265 Satz 2 die Beschränkung der Obligation auf die andere Leistung nicht ein, der Gläubiger wählt also zwischen dieser Leistung oder Ersatz der ersten Leistung und der zufällige Untergang der zweiten Leistung befreit den Schuldner von der Ersatzpflicht nicht.

Wird eine der Leistungen nachträglich durch Verschulden des wahlberechtigten Gläubigers unmöglich, so beschränkt sich die Obligation auf die zweite Leistung und der Schuldner wird ganz frei, wenn auch diese durch Zufall unmöglich wird. § 275. Dem Schuldner bleibt der Ersatzanspruch für die erste Leistung. Tritt die Unmöglichkeit durch Verschulden des nicht wahlberechtigten Gläubigers ein, so tritt die Beschränkung auf die andere Leistung nicht ein, d. h. der Schuldner wählt, ob er durch den Untergang der ersten Leistung befreit sein und nach § 324 Gegenleistung fordern, oder ob er die zweite Leistung leisten und Ersatz für die erste fordern will.

Alle diese Komplikationen entscheidet das BGB. nicht direkt, während SBGB. §§ 721 ff., C. c. art. 1192 ff. ebenso wie das Röm. R., W. 2 § 255 Anm. 12—14, kasuistische Vorschriften geben, die zum Theil abweichen. Die Entscheidung ergiebt sich für diese und andre Komplikationen (mehr als zwei Leistungen stehen in der Alternative) als logische Folge aus § 265 in Verbindung mit den §§ 275, 280, 323, 324, wobei übrigens Kontroversen nicht ausgeschlossen sind.

65. Schuldner- und Gläubigerverzug haben nichts Besondres, sobald die alternative sich in die einfache Obligation verwandelt hat. Aber vorher kann der wahlberechtigte Schuldner dadurch in Verzug gerathen, daß er nicht wählt. Er ist zur Wahl verpflichtet, der Wahlverzug ist ein Stück des Leistungsverzuges, da die Wahlerklärung Inhalt der Obligation und bestimmt ist, den definitiven Leistungsgegenstand festzustellen; er geräth deshalb in Verzug, wenn er nach Mahnung oder nach Eintritt des dies nicht wählt. §§ 284 ff. Streitig war bisher, ob der Schuldner durch Verzug das Wahlrecht verliert und auf den Gläubiger überträgt. Vgl. ObTr. 64 S. 321. RE. 1 Nr. 100 Erk. c. StrA. 4 S. 180. RG. 12 S. 184, 187 (giebt die gemeinrechtliche Litteratur an). Durch § 264 Abs. 1 ist die Kontroverse erledigt. Danach hat bei Wahlrecht des Schuldners der Gläubiger alternativ zu klagen, das Wahlrecht geht nicht ohne Weiteres auf ihn über. Das tritt erst ein, wenn der Schuldner es zur Zwangsvollstreckung kommen läßt. Diese kann der Gläubiger nach seiner Wahl auf die eine oder andre Leistung richten, und ist er durch die Zwangsvollstreckung auch nur theilweise befriedigt CPO. §§ 815, 819, so ist die Obligation definitiv auf die gewählte Leistung beschränkt. Aber bis zu solcher Befriedigung ist der Schuldner berechtigt, sich durch Leistung der andern Alternative zu befreien, eine Art der **facultas alternativa**, wie sie oben erwähnt. Ist es zur Zwangsvollstreckung gekommen, nachdem der Schuldner gewählt oder wählt der Schuldner vor der Befriedigung des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung, so hat er zu beweisen, daß die Zwangsvollstreckung zu Unrecht erfolgt ist. Bleibt die Zwangsvollstreckung fruchtlos, so fordert der Gläubiger das Interesse für die von ihm gewählte Leistung, der Schuldner befreit sich aber auch jetzt noch durch Leistung der andern Alternative. Alle sonstigen

Wirkungen des Verzugs bleiben bestehen. §§ 284 ff. Nach § 287 befreit die Unmöglichkeit selbst aller Leistungen den Schuldner nicht, wenn er nicht den in § 287 geforderten Beweis erbringt. Die Verzögerung der Wahl kann selbst dahin führen, daß § 286 Abs. 2, § 326 anzuwenden, weil die Erfüllung für den Gläubiger nicht mehr Erfüllung ist. Vgl. RG. 35 S. 1 (Fall des Spezifikationskaufs in Saisonwaare).

66. Den Fall des Verzuges des wahlberechtigten Gläubigers regelt der § 264 Abs. 2 in glücklicher und praktischer Weise. Der Schuldner kann dem wahlberechtigten Gläubiger gegenüber erst in Verzug gerathen, wenn derselbe gewählt hat. Der wahlberechtigte Gläubiger kann deshalb nie alternativ klagen; er klagt immer zu früh, selbst wenn er dem Schuldner die Wahl überlassen will. Aber der Schuldner hat ein Interesse daran, seine Schuld los zu werden, z. B. der Fabrikant, der Tuche nach Mustern anzufertigen und zu liefern hat, die der Käufer zu wählen hat. RG. 35 S. 1. Hinterlegung nach §§ 372 ff. nützt ihm nichts, da er alle Alternativen hinterlegen müßte und durch Selbsthilfeverkauf nach §§ 383 ff. kann er sich nicht helfen, da die zu bewirkende Leistung nicht feststeht. Bei gegenseitigem Vertrage kann der wahlberechtigte Gläubiger durch Verzögerung der Wahl in Verzug bezüglich der von ihm geschuldeten Gegenleistung gerathen und der Anspruch auf diese begründet sein, §§ 293 ff., 322, 274. Es ist auch nicht zweifelhaft, daß alle sonstigen Grundsätze von dem Gläubigerverzuge anzuwenden, daß die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, vgl. C. c. art. 1257, und § 326 Anwendung findet. Aber die überwiegende Meinung ging dahin, daß das Wahlrecht auf den Schuldner nicht übergehe. RG. 30 S. 97, 99. Vgl. SBGB. §§ 1169 ff.

Der § 264 Abs. 2 macht der Unsicherheit durch seine Vorschrift in klarer und einfacher Weise ein Ende. Nachdem der Gläubiger in Verzug gesetzt, § 295, nach der klaren Vorschrift des § 264 Abs. 2 aber auch erst dann, hat der Schuldner ihn zur Vornahme der Wahl in angemessener Frist nochmals aufzufordern. Verbindung von Mahnung und Fristsetzung ist demnach nicht zulässig. Bleibt auch diese Frist unbenutzt, so geht das Wahlrecht auf den Schuldner über. Ist die gestellte Frist nicht angemessen, was konkret vom Richter zu ermessen, so hat der Gläubiger jedenfalls in der angemessenen Frist zu wählen. Der Schuldner hat seine Wahl dem Gläubiger mitzutheilen; damit ist dann die einfache Obligation auf die von ihm gewählte Leistung hergestellt. Der Schuldner ist nun in der Lage, zu hinterlegen oder sich durch Verkauf zu befreien, oder nach § 274 Abs. 2, § 322 Abs. 2 zu klagen. Der Verzug des Gläubigers wirkt nunmehr auf die einfache Obligation weiter.

Aehnliche Vorschrift trifft jetzt § 375 des neuen HGB. für den handelsrechtlichen Kauf mit Spezifikation. Der bisherigen zweifelhaften und schwankenden Rechtsprechung ist damit in angemessener Weise ein neuer Weg gewiesen. Vgl. OHG. 4 S. 142, 14 S. 41; 15 S. 146; 16 S. 204; 22 S. 5. RG. 10 S. 97, 100; 14 S. 243; 26 S. 213; 29 S. 18; 30 S. 97, 35 S. 1; 37 S. 25. Dernburg, BR. 2 § 45, I 1. Cosack, Handelsrecht § 42 V.

VIII. Leistung. Theilleistung. Leistung durch Dritte. Eintrittsrecht. Ort und Zeit der Leistung. §§ 266—272. E. I §§ 228, 227, 1081, 1082, 229, 230, 231, 232. II §§ 223, 224, 225, 226, 227, 229. III §§ 260, 261, 262, 263, 264, 266. W. 2 §§ 14, 111, 142. D. P. 2 §§ 24, 32, 34, 55. D. BR. 2 §§ 48, 49, 50,

53, 54. Pr. Pr. 2 §§ 92 ff., 56 ff. Eccius 1 § 83. Cosack 1 S. 340, 342, 410, 415 505. Endemann 1 S. 516, 631, 479.

67. Daß der Gläubiger vollständige Erfüllung verlangen kann, Theilleistung nicht anzunehmen braucht, der Schuldner zu Theilleistungen nicht berechtigt ist, § 266, ist ein Satz alten Rechts, wenn auch von zweifelhaftem Werth für Gläubiger und Schuldner. Die rechtliche Folge des Satzes ist namentlich, daß der Gläubiger durch Nichtannahme der Theilleistung nicht in Verzug geräth, der Schuldner durch Anbieten der Theilleistung sich nicht vom Verzuge befreit. Ausnahme von dem Satze ist weder in § 420, noch in §§ 366, 367 enthalten. Wenn § 367 bestimmt, daß bei einer aus Hauptleistung (Kapital) nebst Zinsen und Kosten bestehenden Schuld eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf das Kapital anzurechnen ist, der Gläubiger die Annahme ablehnen kann, sobald der Schuldner eine andere Anrechnung bestimmt, so setzt dies voraus, daß der Gläubiger zur Annahme der Theilleistung verpflichtet ist. Solche Verpflichtung besteht für Wechselschuld nach WO. Art. 38, kann auch durch Vertrag oder die Natur des Vertrages begründet sein, und folgt aus §§ 387, 389 für Tilgung durch Aufrechnung. Der Gläubiger ist berechtigt, Theilleistung anzunehmen und, wenn nicht der Vertrag entgegensteht, zu fordern. Fordert er sie, namentlich durch Klage, so muß er sie auch nehmen. Ebenso muß er in der Zwangsvollstreckung und im Konkurse Theilbefriedigung annehmen, CPO. §§ 803, 806 ff., 818, 819, KonkO. §§ 149 ff., und wenn gemäß § 301 CPO. Theilurtheil auf einen Theil der Leistung ergeht, das der Gläubiger vollstrecken kann, so muß der Schuldner auch berechtigt sein, sich durch Zahlung von der Schuld zu befreien, die durch das Judikat infolge der dem Richter ertheilten gesetzlichen Ermächtigung Theilschuld geworden ist. Theilschuld, die als solche tilgbar ist, liegt im Zweifel auch im Falle des § 420 vor; solche ist auch die vor der Fälligkeit des Kapitals zahlbare Zinsschuld; aber nach der Fälligkeit des Kapitals ist auch im Sinne des BGB., wie aus § 367 zu entnehmen, Kapital und Zinsrückstand eine und dieselbe Schuld. l. 41 § 1 D. 22, 1. OHG. 25 S. 256. Ob eine und dieselbe theilbare Schuld oder mehrere Schulden, § 366, vorliegen, ist im Uebrigen konkret zu prüfen. Auch für § 266 gilt der § 242. Wie im § 320 Abs. 2 und im § 459 kann der Gläubiger sich auf § 266 z. B. nicht berufen, wenn das, was an der vollen Leistung fehlt, so geringfügig, daß die Leistung den Charakter der Theilleistung verliert. Vgl. zu §§ 284 ff.

68. §§ 267, 268. Die Sätze des § 267 sind alten Rechts. Wo nicht Natur und Inhalt des Schuldverhältnisses ergeben, daß nur der Schuldner erfüllen kann, wie nach BGB. §§ 613, 664, 691, 713 im Zweifel beim Dienstvertrag, Auftrag, Verwahrungsvertrag, Gesellschaft, aber auch in vielen anderen Fällen nach der konkreten Sachlage, ist es in wohlverstandenem Interesse des Schuldners und des Gläubigers, daß auch ein Dritter, d. h. wer zur Befriedigung des Gläubigers nicht verpflichtet — vgl. §§ 421, 422, 765, 764 (correus, Bürge), §§ 1142, 1143, 1225 (Pfandeigenthümer) — den Gläubiger befriedigen und den Schuldner befreien kann. Das gilt aber nicht, wo durch die Leistung ein Schuldverhältniß begründet werden soll; an die Stelle des Schuldners aus Darlehnsversprechen kann wider Willen des künftigen Darlehnsschuldners nicht ein Dritter treten. Aber das begründete Schuldverhältniß kann durch Bewirkung der Leistung,

nicht durch Aufrechnung oder Hinterlegung, vgl. §§ 268, 1142, 1224, 1249, auch ein Dritter zu Gunsten des Schuldners selbst gegen den Willen des Schuldners lösen, wie sich aus dem Zusammenhalt von Abs. 1 und 2 des § 267 wie nach bisherigem R. ergiebt. Widerspricht der Schuldner nicht, so darf der Gläubiger die Annahme der Leistung des Dritten nicht ablehnen, ohne in Annahmeverzug zu gerathen. Vgl. zu §§ 293 ff. Hat der Gläubiger die Leistung angenommen, so ist nachheriger Widerspruch des Schuldners bedeutungslos; der Gläubiger hat die Zustimmung des Schuldners nicht einzuholen; es ist deshalb auch ohne Bedeutung, wenn der Gläubiger ohne Kenntniß davon, daß der Schuldner dem Dritten gegenüber widersprochen hat, angenommen hat. Die Ablehnung der Annahme der Leistung des Dritten wird durch nachherigen Widerspruch des Schuldners sanktionirt und beseitigt den Annahmeverzug, mag der Widerspruch dem Gläubiger oder dem Dritten erklärt sein.

Ein Recht, an den Gläubiger zu leisten, hat der Dritte, der dem Gläubiger gegenüber zur Leistung nicht verpflichtet, grundsätzlich nicht, selbst dann nicht, wenn er dem Schuldner gegenüber zur Leistung verpflichtet. Dem Dritten entsteht deshalb aus der Ablehnung nie ein Recht gegen den Gläubiger. Noch weniger hat er nach BGB., abweichend von ALR. I 16 §§ 45 ff., ein Recht auf Erwerb, Abtretung der Forderung. Die Wirkung der Leistung an den Gläubiger ist lediglich das Erlöschen des Schuldverhältnisses. § 362. Ob der Dritte gegen den Schuldner einen Anspruch aus der Leistung hat, bestimmt sich nach der Rechtsnatur der Leistung, ob sie don. oder oblig. animo erfolgt ist, und nach dem Rechtsverhältniß zwischen dem Schuldner und dem Dritten. Leistung im Auftrage und im Namen des Schuldners fällt überhaupt nicht unter § 267, Geschäftsführung ohne Auftrag und Leistung schenkungshalber kommt besonders in Betracht. §§ 683 ff. Will der Schuldner die Schenkung nicht annehmen, so hebt das die Wirkung der Leistung nicht auf, verpflichtet ihn nur zur Herausgabe der Bereicherung durch die Befreiung an den Dritten.

Der Fall, wo der Dritte leistet, in der Meinung, eigene Schuld zu tilgen, gehört nicht hierher; solche Leistung braucht der Gläubiger nie zu nehmen, weil sie ihn der Kondiktion aussetzt.

69. Ein Recht, den Gläubiger zu befriedigen, ohne daß dieser oder der Schuldner widersprechen kann, giebt der erst in den Entw. III eingefügte § 268 allgemein für den Fall der Zwangsvollstreckung — die nach dem Inkrafttreten des BGB. vorgenommen wird, vgl. Anm. 8 zu § 241, — einem Jeden, der bei Durchführung der Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung oder den Besitz einer Sache verlieren würde. Das gilt nach §§ 1150, 1249 namentlich auch, wenn der Hypothekengläubiger seine Befriedigung aus dem Grundstücke sucht, und dem Faustpfandgläubiger für den Fall der Veräußerung des Pfandes gegenüber. Damit ist der dem römischen jus offerendi und dem landrechtlichen Eintrittsrecht, I 20 §§ 36 ff., zu Grunde liegende Gedanke zu einem allgemeinen Prinzip erhoben, das seine Rechtfertigung darin findet, daß der Eintritt des Dritten den Gläubiger nicht schädigt und unnütze Härten der Zwangsvollstreckung für den Dritten und zugleich für den Schuldner beseitigt. Der Grundsatz des § 267 würde nicht genügen, um das gefährdete Recht des Dritten zu schützen, da im § 267 Gläubiger und Schuldner gemeinschaftlich den Dritten abwehren können, während

im Falle des § 268 das Recht des Dritten den Gläubiger und den Schuldner zwingt.

Der zur Befriedigung des Gläubigers Berechtigte ist auch hier ein Dritter im Sinne des § 267, der dem Gläubiger gegenüber nicht zur Leistung verpflichtet ist. Der Bürge und correus, der Eigenthümer des hypothecirten Grundstücks, der nicht zugleich persönlicher Schuldner, der Verpfänder für fremde Schuld, scheiden auch hier aus. Für diese sorgen die §§ 774, 426, 1142—1445, 1225 (§§ 1164, 1173, 1174). § 268 setzt ausdrücklich Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner gehörige Sache voraus. Dritter im Sinne des § 268 ist besonders der gleich- oder nachstehende Hypotheken- und Pfandgläubiger, der Altentheilsberechtigte, Nießbraucher, andere Realberechtigte, auch wenn das Recht nur vorgemerkt, der Leiher, Miether, Pächter. Alle diese können durch die Veräußerung der Sache oder des Rechts in der Zwangsvollstreckung, auch durch andere Maßregeln der Zwangsvollstreckung, den Gegenstand ihres Rechts (den Besitz der Sache) verlieren. §§ 1208, 1209, 1242, 1257, 1273 BGB. §§ 44, 49, 52, 59, 146, 155, 162 Zw.Verst.Ges. CPO. §§ 709, 710. Ob dies der Fall, ist Sache der Prüfung des konkreten Falls. Unleugbar ist auch der Käufer einer schon ganz oder theilweise bezahlten oder auch noch nicht bezahlten Sache sehr interessirt, wenn vor der Uebergabe ein Gläubiger des Verkäufers sie zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung wegen persönlicher Forderung macht. Aber ihm steht nur der Weg des § 267 offen; ein „Recht an der Sache“ hat er im Sinn des BGB. nicht; ein Recht zur Sache schützt das Gesetz nicht. Der § 268 trifft auch nach seinem deutlichen Wortlaut den Fall nicht, wo der Gläubiger wegen seiner Forderung in den Händen seines Schuldners befindliches fremdes Eigenthum zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung macht; auch in solchem Falle kann der wahre Eigenthümer wegen der Schwierigkeit oder Weitläufigkeit des ihm obliegenden Beweises ein starkes Interesse haben, die Zwangsvollstreckung durch Befriedigung des Gläubigers kurzer Hand zu beseitigen. Aber auch ihm steht nur der § 267 zu Gebote, wenn er nicht nach CPO. §§ 771—774 die Zwangsvollstreckung abwehren will.

Durch die Befriedigung des Gläubigers soll der Gegenstand der Zwangsvollstreckung oder dessen Besitz dem Berechtigten erhalten werden. Es kann sich danach immer nur um Zwangsvollstreckung wegen persönlicher Forderung, nicht aus dinglichem Recht auf den Gegenstand selbst handeln, das nur durch die Herausgabe der Sache, des Besitzes, des Rechts befriedigt werden kann. Da der Dritte das Recht hat, den Gläubiger zu befriedigen, nicht bloß die Leistung zu bewirken wie in § 267, so kann der Berechtigte nach Abs. 2 § 268 die Befriedigung auch durch Hinterlegung unter den Voraussetzungen der §§ 372, 378 und durch Aufrechnung bewirken, die hier, da die Voraussetzung der Gegenseitigkeit von Forderung und Schuld im § 387 nicht vorliegt, die Natur der Angabe an Zahlungsstatt hat, indem der Gläubiger für seine Forderung an den Schuldner, die nach Abs. 3 auf den Dritten übergeht, Befreiung von seiner Schuld an den Dritten erhält.

70. Das Befriedigungsrecht des § 268 hat einen Sinn nur so lange, als die begonnene Zwangsvollstreckung noch nicht durchgeführt ist, der Gegenstand noch intakt, der Besitz noch nicht verloren ist. Der § 268 verlangt, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt. Erhebung der dinglichen Klage

auf Befriedigung aus Sache oder Recht reicht nicht aus, noch weniger das außergerichtliche Verlangen der Befriedigung und Drohen mit der Zwangsvollstreckung. Darüber ist bei der klaren Fassung des Gesetzes nicht hinauszukommen, obwohl dasselbe dadurch an praktischer Bedeutung verliert. Vgl. §§ 39, 40 I 20 ALR. Das Recht reicht natürlich nur soweit, als die Zwangsvollstreckung reicht. Der Gläubiger, der nur wegen eines Theils seiner Forderung die Vollstreckung betreibt, kann nur wegen dieses Theils wider seinen Willen befriedigt werden, muß dann aber auch wegen dieses Theils ganz befriedigt werden und kann diese theilweise Befriedigung nicht ablehnen.

Der wesentliche Unterschied des § 268 gegen § 267 ist die Wirkung dahin, daß der Dritte durch die Befriedigung des Gläubigers in Höhe der Befriedigung in das Gläubigerrecht eintritt, Abs. 3 § 268, ohne Cession, von Rechtswegen, und gemäß §§ 401, 412, wie in den ähnlichen Fällen der §§ 426, 774, 1143, 1225. Dadurch wird erreicht, daß der Dritte die Zwangsvollstreckung beseitigen, sein Recht erhalten, und durch Geltendmachung der übergegangenen Forderung zugleich sich den Ersatz für das zur Befriedigung des Gläubigers Aufgewendete von dem Schuldner verschaffen kann, vorausgesetzt, daß ihm ein Ersatzanspruch nach dem Rechtsverhältniß zum Schuldner zusteht. Vgl. § 774 Abs. 1 Satz 3. Nach diesem Rechtsverhältniß kann der Ersatzanspruch ausgeschlossen, der Dritte zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet sein, dann cessirt nothwendig die Wirkung des Eintritts und der Schuldner ist befreit.

Wie in § 774 Abs. 1 Satz 2 darf der Eintritt des Dritten in das Gläubigerrecht, der den Dritten nur vor Schaden bewahren soll, den Gläubiger nicht schädigen. Abs. 3 Satz 2 § 268. Der Eintritt bleibt immer bestehen, aber der Dritte darf sich zum Nachtheil des Gläubigers auf den Eintritt nicht berufen. Das setzt immer voraus, daß der Gläubiger nach dem Eintritt des Dritten noch Gläubiger des Schuldners aus derselben oder einer anderen Forderung geblieben ist, namentlich z. B., wenn er nur theilweise befriedigt ist. In diesem Falle darf der Dritte mit seiner Theilforderung nicht zum Nachtheil des Gläubigers konkurriren; solche nachtheilige Konkurrenz soll auch in jedem anderen Falle vermieden werden, wenn und soweit sie ohne den Eintritt nicht eingetreten oder nicht nachtheilig gewesen wäre. Von diesem Gesichtspunkte aus sind die einzelnen zweifelhaften Fälle zu entscheiden. Der § 437 über die Haftung des Cessionars für den Bestand der Forderung findet auf den Eintritt von selbst keine Anwendung.

71. Ort der Leistung. §§ 269, 270. ALR. I 5 §§ 247—251; 11 § 769; 16 §§ 27, 52, 53. SBGB. § 700. C. c. art. 1247. Die §§ 269, 270 geben Normativbestimmungen über den Ort der Leistung für alle Schuldverhältnisse, auch die des Handelsrechts. Der § 270 ist aus Art. 325 HGB. I entnommen, Art. 324 und 342 durch § 269 ersetzt; in HGB. II sind beide Vorschriften gestrichen. Neben den §§ 269, 270 enthalten Spezialvorschriften die §§ 697, 700 über den Ort der Rückgabe zur Verwahrung gegebener Sache (auch bei depos. irreg., Holschuld), § 811 über den Ort der Vorlegungspflicht, § 1194 über den Ort der Zahlung von Grund- und Rentenschulden. (Ort des Grundbuchamts.) Nach § 604 hat der Entleiher die Sache zurückzugeben, d. h. dem Verleiher zu bringen. Auch diese Spezialvorschriften treten hinter Abreden der Parteien zurück. Nach Art. 92 EG. sollen die landesgesetzlichen

Vorschriften unberührt bleiben, daß Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen. Die Ausführungsgesetze sind dem alle gefolgt. Art. 11 Preuß. Ausf.Ges. z. BGB. ALR. I 16 § 53; I 11 §§ 776, 777. Die Kassenvorschriften können natürlich auch anders bestimmen; ohne solche besondere Vorschriften findet § 270 keine Anwendung.

Im Wesentlichen stimmt § 269 mit ALR. I 5 § 247 und HGB. I Art. 324 insofern überein, als wo Gesetz oder Vertrag den Leistungsort nicht ausdrücklich bestimmen, der Richter die fehlende Bestimmung aus den Umständen und der Natur des Schuldverhältnisses zu ergänzen hat. Das ALR. enthielt neben dieser allgemeinen farblosen Vorschrift den prinzipiellen Satz, daß bei lästigen Verträgen auf ein Geben, wohin nach § 28 I 16 auch Zahlung zu rechnen, dem Berechtigten, an seinem Wohnort zur Zeit des Vertragsschlusses zu leisten (zu bringen), bei wohlthätigen (Schenkung) der Berechtigte die Leistung von dem Verpflichteten an dessen Aufenthaltsort zu fordern (zu holen) habe, bei Verträgen auf Vornahme einer Handlung der Verpflichteten an seinem Wohnorte zur Zeit des Vertragsschlusses zu leisten habe. Nach § 52 I 16 sollten außerkontraktliche Schulden stets am Wohnorte des Schuldners geleistet werden, nach § 93 I 11 hatte bei Kauf Uebergabe und Zahlung des Kaufpreises grundsätzlich an demselben Ort zu erfolgen, und nach § 263 I 21 sollte dies auch für Pachtgelder gelten. Nach §§ 769, 772, 773 I 11 hatte der Darlehnsschuldner das Darlehn am Wohnsitz des Gläubigers zur Zeit des Vertragsschlusses zurückzuzahlen; hatte der Gläubiger seinen Wohnsitz verlegt, so konnte der Schuldner hinterlegen oder auf Kosten und Gefahr des Gläubigers mit der Post übersenden. Der Art. 324 HGB. I enthielt in Abs. 2 Satz 2 noch die Bestimmung, daß die schuldige Uebergabe einer bestimmten Sache an dem Orte zu leisten, wo sich dieselbe zur Zeit des Vertragsschlusses mit Wissen beider Kontrahenten befunden.

Das BGB. giebt die allgemeine, der Natur der Schuldverhältnisse gemäße Vorschrift, daß der Schuldner beim Mangel anderen Anhalts für den Leistungsort da zu leisten hat, wo er zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz, oder bei Schulden aus seinem Gewerbebetriebe seine gewerbliche Niederlassung, HGB. II §§ 13, 29 ff., 50, 55, 68, 126, CPO. § 21, OHG. 16 S. 52, RG. 2 S. 387, gehabt hat. Das gilt auch für Geldschulden. § 270 Abs. 4. Nach § 270 soll aber im Zweifel der Schuldner Geld auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz (gewerbliche Niederlassung) zur Zeit der Zahlung übermitteln, auch wenn Wohnsitz oder gewerbliche Niederlassung sich nach der Entstehung des Schuldverhältnisses geändert haben; nur Mehrkosten und die Gefahr hat in diesem Falle der Gläubiger zu tragen, wenn die Gefahr sich erhöht hat. Wohnsitz, Wohnort, Niederlassungsort ist in allen diesen Vorschriften als die Wohnung, die Niederlassung am Wohnort, Niederlassungsort zu verstehen. Vgl. WO. Art. 91.

72. Der § 269 bietet der konkreten Beurtheilung des einzelnen Falls weiten Raum; auch § 242 kommt dabei in Betracht. Bei der Bedeutung des Erfüllungsorts für den Gerichtsstand, CPO. § 29, und die Frage des anwendbaren Rechts, für den Verzug und den Gefahrsübergang wäre eine eingehendere Regelung geboten gewesen. Vertragsmäßige, rechtsgeschäftliche Bestimmungen über den Leistungsort sind selten. Die Umstände, auf deren Berücksichtigung der § 269 verweist, sind die Umstände des einzelnen Falls, Art und Zweck der Leistung, die

z. B. bei Reparaturarbeiten an Grundstücken, Maschinen &c., Dienstleistungen u. a. von selbst auf einen bestimmten Ort als den thatsächlich und rechtlich einzig möglichen hinweisen. OHG. 11 S. 312 (Montage). Bei solcher Sachlage ist auf widersprechende Vertragsabreden kein Gewicht zu legen. Vgl. die Fälle in RG. 41 S. 358, 361. Der Vertrag kann nicht bestimmen, daß der Vermiether den Miethvertrag über ein Grundstück oder über Maschinen, die sich in A befinden, in B zu erfüllen hat. Eine Auslegungsregel giebt Abs. 3 § 269 durch die Vorschrift, daß aus der Uebernahme der Kosten der Versendung nicht zu folgern, der Bestimmungsort sei als Leistungsort gewollt, was mit HGB. I Art. 345 Abs. 2 Satz 2 und der bisherigen Praxis übereinstimmt. OHG. 10 S. 176, 16 S. 16. OHG. 13 S. 438, RG. 14 S. 114 (betr. die Klausel cif, cost, insurance, fright). Vgl. RG. 3 S. 112 (anders bei Uebernahme der Transportgefahr oder Versicherung).

Die Natur des Schuldverhältnisses weist bei Schenkung wie nach ALR. darauf hin, daß der Beschenkte zu holen hat, der Schenker nicht noch die Transportgefahr tragen oder die Uebersendungspflicht übernehmen will, daß der Darlehnsversprecher das Darlehn an seinem Wohnort zu geben, nicht zu bringen, aber gemäß § 270 auf seine Gefahr und Kosten zu übersenden hat, da das Darlehn durch den Empfang zu Stande kommt, § 607, daß der Leiher die geliehene Sache zurückzubringen, der Darlehnsempfänger das Darlehn zurückzubringen, auf seine Gefahr zu übersenden hat, der Deponent die deponirte Sache zu holen, daß der Handwerker, der eine Sache zur Reparatur oder Stoff zur Anfertigung erhält, oder auch nur die Herstellung einer Sache übernimmt, zu bringen hat, ebenso wie regelmäßig der Werkmeister das Werk, daß der Beauftragte, der Kommissionär zu erfüllen hat, wo das Mandat auszuführen ist, und daß der Auftraggeber seine Verbindlichkeit dem Beauftragten gegenüber an dessen Wohnort zu erfüllen hat. RG. 10 S. 91, 23 S. 412, 12 S. 35, 37 S. 267, 38 S. 194, 196.

Aus der Natur des Schuldverhältnisses ergiebt sich auch, daß der Spediteur, der den Frachtvertrag abzuschließen hat, nicht am Bestimmungsort des Guts, sondern an seinem Niederlassungsort zu erfüllen hat. RG. 38 S. 194, 195. Wer offenen Verkaufsladen hält, sagt damit, daß er dort erfüllen will; der Käufer, der die gekaufte Sache sich schicken läßt, läßt sie sich in seinem Interesse senden und trägt die Gefahr, wenn auch § 278 zur Anwendung kommt, wenn der Verkäufer die Uebersendung übernommen hat. Vgl. zu §§ 447, 448. Auch sonst gilt als Regel, daß der Verkäufer durch Uebergabe da erfüllt, wo er wohnt oder seine Niederlassung hat, daß er ohne rechtsgeschäftliche Abrede nicht zu übersenden hat und durch die Uebernahme der Versendung selbst auf seine Kosten nicht die Versendung als Theil der Erfüllung übernimmt. § 269 Abs. 3, § 447. Vgl. RG. 10 S. 93, OHG. 10 S. 174, 16 S. 49, 32. Aber die Uebung und Anschauung des Verkehrs wird auch ohne ausdrückliche Abrede vielfach ein anderes Ergebniß begründen, namentlich im kleinen Verkehr des täglichen Lebens. Wer beim Holz- und Kohlenhändler seinen Hausbedarf bestellt, setzt erkennbar voraus, daß ihm das Bestellte geschickt wird und zwar nicht auf seine Gefahr, daß ihm erst durch die Ablieferung erfüllt wird.

Für Miethe und Pacht ist nach ALR. in ObTr. 41 S. 30, RE. 1 Nr. 97, 98 (Erk. d) nach Berliner Verhältnissen aus § 247 I 5 angenommen, daß die Miethe im Hause zu zahlen und daß, wenn der Vermiether nach dem Beginn der Miethe seine Wohnung im Hause aufgiebt und eine andere an demselben Ort bezieht, der Miether ihm die Miethe nicht zu bringen hat. Ebenso StrA. 94 S. 146. In ObTr.

70 S. 338, 345 ist ganz allgemein gebilligt, daß die Miethe nur im Hause zu zahlen, auch wenn der Vermiether schon zur Zeit des Vertragsschlusses nicht im Hause wohnte. In ObTr. 24 S. 411 ist dagegen angenommen, daß der Pächter am Wohnsitz des Verpächters zur Zeit des Pachtabschlusses zu zahlen habe, nicht an dem davon verschiedenen Wohnsitz des späteren Käufers des Guts.

Für das BGB. folgt aus § 269 Abs. 1, § 270 Abs. 3, daß eine Veränderung des Wohnsitzes des Vermiethers (Verpächters) nach dem Vertragsschluß dem Miether (Pächter) nicht zum Nachtheil gereichen kann; im Uebrigen ist auch nach dem BGB. § 269 Abs. 1, an erster Stelle die Uebung des Verkehrs am Ort der Miethe als Anhalt für den Willen der Parteien und die Natur des Mieths- und Pachtverhältnisses zu beachten, die darauf hinweist, daß der Schuldner regelmäßig am Ort der Miethe (Pacht) zu erfüllen, aber zu bringen und deshalb gemäß § 270 den Zins auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln hat. Bei nachträglicher Veränderung des Wohnsitzes hat aber regelmäßig der Vermiether (Verpächter) die Gefahr zu tragen, da die Gefahr immer erhöht wird, wenn der Miether statt zu bringen, übersenden muß. Ein allgemeiner Satz, wie ihn das ObTr. aufgestellt hat, daß der Miethszins im Miethshause zu zahlen oder vom Vermiether zu holen, läßt sich nicht aufstellen. Selbst ob er für Berliner Verhältnisse paßt, ist in Zweifel zu ziehen.

73. Wo weder Vertrag, noch die Umstände oder die Natur des Schuldverhältnisses den Erfüllungsort ergeben, ist nach dem Prinzip des § 269 der gesetzliche Erfüllungsort der Wohnsitz (die Niederlassung) des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses, ohne den Unterschied, den das ALR. zwischen Verpflichtung auf Geben oder Handeln macht. Dies gilt nach BGB. namentlich für die Kondiktionen. Wer zurückgewähren will, weil er berechtigt ist, zurückzugewähren, giebt da zurück, wo sich die Sache befindet. So im Falle der Wandlung, §§ 459 ff., 467, 348. RG. 20 S. 358, 27 S. 293, und in RG. 32 S. 405. In letzterem Falle hatte der Käufer die Waare als vertragswidrig dem Verkäufer zurückgesandt, der Verkäufer klagte auf Abnahme. Das war nichts als die Klage auf Anerkennung der Leistung als Erfüllung und der Wohnsitz des Verkäufers deshalb nicht der Erfüllungsort, sondern der des Käufers, ebenso wie der Erfüllungsort der Verpflichtung des Verkäufers, den erhaltenen Kaufpreis aus dem angefochtenen Geschäft zurückzuzahlen, der Wohnsitz des Verkäufers ist.

Der Satz des HGB. I Art. 324 Abs. 2 Satz 2, daß bei Verpflichtung zum Geben einer species, die sich zur Zeit des Vertragsschlusses in einem anderen Ort als dem Wohnsitz des Schuldners befindet, die Sache an diesem anderen Ort zu geben, ist mit Recht gestrichen, weil er nicht immer gerechtfertigt ist, wenn auch Treu und Glauben, die Verkehrsanschauung, die Umstände des Falls zu demselben Ergebniß führen können. Bei Verkauf schwimmender Ladung (RG. 16 S. 3), von Viehtransporten u. a. ist er regelmäßig unanwendbar. In solchen wie in allen anderen Fällen ist von dem prinzipiellen gesetzlichen Erfüllungsort des Schuldners (Wohnsitz, Niederlassung) auszugehen und die Sachlage dahin zu prüfen, ob sie auf einen anderen Ort hinweise. Wer einen anderen als den gesetzlichen Erfüllungsort beansprucht, muß die Thatsachen erweisen, aus denen er den Anspruch herleitet.

Bei gegenseitigen Schuldverhältnissen leistet principiell jeder

Theil an seinem Wohnsitz (Niederlassungsort), RG. 2 S. 122, 46 S. 193, 195, wenn nicht Zug um Zug zu leisten ist. Zu versenden, zu übersenden, abzuliefern hat der Schuldner grundsätzlich nicht; wenn nicht der Vertrag oder die Natur des Schuldverhältnisses (Frachtvertrag, § 426 Nr. 4 HGB. II) etwas anderes ergiebt, ist Bestimmungsort, Ablieferungsort nicht identisch mit dem Leistungsort, selbst wenn der Schuldner die Kosten übernimmt. § 269 Abs. 1. HGB. I Art. 345 Abs. 2. BGB. § 447; § 270 Abs. 4. Nur bei Geldschulden bestimmt der § 270 wie HGB. I Art. 325 grundsätzlich für den Schuldner die Uebermittlungspflicht und zwar auf seine Kosten und Gefahr, auch wenn der Leistungsort sein Wohnsitz oder ein anderer Ort ist. Der Abs. 4 § 270 besagt nichts anderes als was Abs. 2 Art. 325 HGB. I mit den Worten ausdrückte, daß der gesetzliche Erfüllungsort in Betreff des Gerichtsstandes und sonst durch die Uebersendungspflicht nicht geändert werde. Daß § 270 sich auch auf Platzgeschäfte, nicht bloß auf Distanzgeschäfte bezieht, ist unbedenklich. Ihren inneren Grund hat die Vorschrift in der Uebung und Anschauung des Verkehrs Auf seine Gefahr und Kosten übersendet der Schuldner das Geld im Zweifel, d. h. wenn nicht Gesetz, EG. Art. 92, Vertrag, Schuldverhältniß, Umstände auf das Gegentheil führen. HGB. I Art. 325 nahm ausdrücklich aus die Zahlung von indossabelen oder auf Inhaber lautenden Papieren, was sich auch für das BGB. aus § 797 Satz 1 ergiebt, und für Wechsel aus WO. Art. 39, 91 folgt. Dasselbe gilt in allen Fällen, wo Zug um Zug gegen eine andere dem Schuldner zu bringende Leistung zu zahlen ist und wo nach dem Schuldverhältniß der Schuldner nur für Verschulden, nicht aus Zufall haftet, kann ihm die Uebersendung auf seine Gefahr und Kosten nicht angesonnen werden.

So hat der Inkassomandatar seine Pflicht mit der Einkassirung erfüllt, aber die Gefahr des einkassirten Geldes trägt er nicht, also auch nicht Gefahr und Kosten der Uebersendung. Dasselbe gilt in anderen Mandatsverhältnissen und beim Verwahrungsvertrage. In dem zu § 278 erwähnten Falle RG. 23 S. 95, wo dem Bankier Geld zur Beschaffung von Werthpapieren übersendet war und die Rücksendung des Geldes verlangt wurde, haftete deshalb der Bankier dafür, daß sein Kassenbote den Geldbrief der Post mit dem Gelde übergab und hatte dies zu beweisen, aber nicht für die Beraubung des Geldbriefs in den Händen der Post. Vgl. auch RG. 2 S. 216, 20 S. 269. Ebenso die Bank, die auf Verlangen Geld übersendet, das auf Buch bei ihr verzinslich oder unverzinslich eingezahlt ist, und der Verwahrer. Geschäftsführung, die nicht genehmigt und nicht genehmigt werden muß, geht auf Gefahr des Geschäftsführers. BGB. §§ 678, 680.

Aus Abs. 3 § 270 folgt, daß die Uebersendungspflicht auch besteht, wenn der Wohnsitz (Niederlassung) des Gläubigers zur Zeit der Uebersendung ein anderer, als der zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses; nur die dadurch verursachten Mehrkosten fallen dem Gläubiger zur Last und die Gefahr trägt er ganz, wenn sie höher geworden ist, wie z. B. bei Versendung auf weite Entfernung und unter Benutzung von nicht oder schwer zu kontrollirenden oder haftbar zu machenden Transportanstalten, z. B. bei Versendung in das Ausland, über See u. a.

Aus Abs. 4 folgt, daß der Gerichtsstand des Leistungsortes unverändert bleibt, ebenso die Anwendung des Rechts des Leistungsorts, HGB. §§ 359, 361. Die Versendung vom Leistungsort gilt als die Leistung. Ist die Uebersendung rechtzeitig er-

folgt, so ist die Leistung rechtzeitig erfolgt, wenn sich nur die Leistung an die Uebersendung anschließt.

Am Erfüllungsort ist grundsätzlich auch der Ersatz für Nichterfüllung zu leisten, RG. 32 S. 430, nicht nothwendig Reugeld oder Strafe, oder die Rückgabe des Geleisteten; noch weniger folgt aus der accessorischen Natur der Bürgschaft allein, daß der Bürge zu erfüllen hat, wo die Hauptschuld zu erfüllen ist. RG. 31 S. 383, 34 S. 17.

74. Zeit der Erfüllung. §§ 271, 272. Ueber Zwischenzinsen, § 272, vgl. zu §§ 246 ff. S. 40. Der § 271 stellt zwei Grundsätze auf, die nach Streichung der Art. 326—334 HGB. I neben den §§ 186 ff. BGB. auch für das Handelsrecht gelten. Das HGB. II giebt über die Leistungszeit nur in §§ 358, 359 die Vorschrift, daß bei Handelsgeschäften während der gewöhnlichen Geschäftszeit zu leisten, und verweist für die Auslegung der Leistungszeit „Frühjahr, Herbst oder ähnlich" auf den Handelsgebrauch. Eine Frist von acht Tagen soll im Zweifel volle acht Tage bedeuten. Die Grundsätze sind: **a.** Gläubiger und Schuldner kann sofort fordern und sofort leisten, wenn das Schuldverhältniß, die Schuldverbindlichkeit (unbedingt, unbefristet) entstanden ist, und eine Zeit für die Erfüllung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist. HGB. I Art. 326. RG. 10 S. 285. Quod sine die statim debetur. So liegt auch nach BGB. z. B. der Fall StrA. 4 S. 174, wo die A. auf dem Krankenbette ihrer Pflegerin schriftlich für ihre Dienste eine Geldsumme als Geschenk versprochen hatte; hier kann die Zahlung des Geldes, das als Honorar aufzufassen, sofort verlangt werden. Das „sofort" ist übrigens in allen Fällen nicht buchstäblich, sondern gemäß § 242 unter Berücksichtigung von Treu und Glauben als modicum tempus zu nehmen, ohne Unterschied von wohlthätigen und lästigen Verträgen, den das ALR. I 5 § 333 machte. OHG. 4 S. 353. **b.** Auch bei Bestimmung einer Zeit für die Erfüllung gilt im Zweifel dies pro reo, d. h. der Gläubiger kann zwar vor der Zeit nicht fordern, der Schuldner aber vorher leisten, wobei für unverzinsliche Schuld § 272 in Betracht kommt und § 813 Abs. 2, der die cond. indebiti in diesem Falle versagt. ALR. I 16 § 168; 5 § 246. HGB. I Art. 334. Ebenso SBGB. § 717. Anders ALR. I 16 § 56; 5 § 241 mit Ausnahme in I 21 § 245 (Leihe); I 12 § 330 (Legat). Für beide Fälle, bei unbestimmter Zeit und bei dies pro reo ist für den Gläubigerverzug § 299 zu beachten, wie überhaupt Fälligkeit und Verzug sorgsam zu trennen sind. Vgl. zu §§ 284 ff.

75. Die Erfüllungszeit kann ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt sein oder sich aus den Umständen ergeben, ausdrücklich durch Rechtsgeschäft oder durch das Gesetz, entweder auf einen bestimmten Tag (dies, Fälligkeitstag) oder durch eine Frist bestimmt oder von Kündigung abhängig gemacht sein. Die Frist gilt naturgemäß immer zu Gunsten des Schuldners, der Gläubiger kann vor Ablauf nicht fordern, der Schuldner vorher leisten. Ueber Kündigung vgl. zu §§ 564 ff. Bei Bestimmung einer Frist kommen die §§ 186—193, vgl. Bd. 1 S. 288 ff., zur Anwendung, namentlich § 193, wonach an die Stelle des Sonntags oder Feiertags stets der nächstfolgende Werktag tritt, wenn der dies oder der letzte Tag der Frist für die Erfüllung auf einen Sonntag oder staatlich anerkannten Feiertag fällt. S. 292. Zu den §§ 158 ff., Bd. 1 S. 230 ff., 232, 233, ist auf den Unterschied von dies und Bedingung für die Entstehung und für die Erfüllung der Verbindlichkeit

hingewiesen und eine Reihe von Fällen erörtert, in denen ein ungewisses Ereigniß nicht als Bedingung für die Entstehung der Verbindlichkeit, sondern als dies für die Erfüllung aufzufassen, und es Auslegungsfrage ist, wie die Erfüllungszeit zu bestimmen, nachdem es gewiß geworden, daß das ungewisse Ereigniß nicht eintreten wird. (Versprechen zu zahlen, sobald Hausbau vollendet, das Haus wird vor der Vollendung verkauft oder der Bau nicht ausgeführt; Versprechen von Abfindung an die Geschwister bei Verheirathung oder Großjährigkeit, Tod vor Verheirathung oder Großjährigkeit u. a.). Vgl. SBGB. § 713.

Gesetzlich bestimmt ist im BGB. die Erfüllungszeit subsidiär in §§ 551 (583), 584 für Mieths- und Pachtzins, in § 604 Abs. 2, 3 für die Rückgabe der geliehenen Sache, in §§ 608, 609 für Darlehn und Darlehnszinsen, wobei in § 609 Abs. 3 vorgeschrieben, daß der Schuldner unverzinslichen Darlehns ohne Kündigung zurückzahlen kann, was zu dem Schluß führt, daß für verzinsliches Darlehn der dies nicht pro reo gilt. § 271 Abs. 2. Verzinslich angelegtes Kapital darf dem Gläubiger nicht vor dem dies oder ohne Kündigung aufgedrungen werden, weil er dadurch in die Lage kommen kann, es unverzinslich liegen lassen zu müssen. Der Verkäufer, der bis zu bestimmtem Tage die Aufbewahrung der Sache oder deren Unterhalt (Fütterung) übernommen, kann vor dem dies die Abnahme nicht fordern. Gleiche und ähnliche Gesichtspunkte sind in anderen Schuldverhältnissen für die Anwendung des § 271 Abs. 2 zu beachten. Gesetzliche Bestimmungen für die Erfüllungszeit geben ferner die §§ 614, 641 für Dienstmiethe und Werkvertrag, §§ 695, 696, 699 für das depos., §§ 760, 1612, 1710 für Leibrente und Alimente. Für die Gebührenforderung des Rechtsanwalts giebt § 85 der GebO. für Rechtsanwälte eine Spezialvorschrift. Für Vermächtniß giebt § 2186 eine selbstverständliche Bestimmung und schreibt § 2181 vor, daß falls die Zeit der Erfüllung dem freien Belieben des Beschwerten überlassen, die Leistung im Zweifel erst mit dem Tode des Beschwerten fällig wird. Eine allgemeine Vorschrift wie sie § 238 I 5 ALR. dahin enthielt, daß die Klage auf Erfüllung erst nach dem Tode des Verpflichteten statthaft, wenn die Erfüllung in dem Vertrage, der die Verbindlichkeit begründet, in unbestimmten Ausdrücken, wie „nach Möglichkeit, nach Gelegenheit" versprochen, oder die Erfüllungszeit der Willkür der Verpflichteten ausdrücklich überlassen, hat das BGB. nicht, auch nicht die Vorschrift, daß der Richter die Zeit zu bestimmen hat, wenn sie ganz unbestimmt geblieben oder nach der Entstehung der Verbindlichkeit in unbestimmten Ausdrücken (nach Möglichkeit, Gelegenheit) versprochen, und daß bei einem bloß wohlthätigen Vertrage die unbestimmt gebliebene Zeit der Erfüllung von dem Verpflichteten abhängt. In diesen und ähnlichen Fällen, SBGB. §§ 712, 714, (Versprechen der Erfüllung „ehestens, sobald als möglich, bei guter Gelegenheit, nach und nach, in einigen Tagen, Monaten, Jahren") ist nach BGB. § 271 Abs. 1 wie im bisherigen gemeinen Recht unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermitteln, welche Erfüllungszeit nach Treu und Glauben und vernünftigerweise als zweckentsprechend und deshalb von den Personen als gewollt anzusehen ist. Vgl. OHG. 3 S. 185, 10 S. 234, 14 S. 159. Bolze 12 Nr. 278, 3 Nr. 467.

Allgemeine Auslegungsregeln hat das BGB. mit Recht nicht gegeben. Auch der Fall des s. g. „Besserungsscheins" gehört hierher, wenn es sich auch dabei oft nicht bloß um die unsichere Erfüllungszeit, sondern um suspensiv bedingte Verpflichtung

handelt. Vgl. OHG. 2 S. 285, RG. 28 S. 176 und StrA. 9 S. 355, 58 S. 283. RG. 40 S. 195 (Bd. 1 S. 233). In RG. 33 S. 54 ist ein Beispiel, wie die nur allgemein bestimmte Erfüllungszeit nach Treu und Glauben und nach den Umständen zu bestimmen. Ein Großkaufmann hatte zur Deckung seines Jahresbedarfs an Trebern zur Viehfütterung auf ein bestimmtes Jahresquantum, lieferbar in regelmäßigen Zwischenräumen, abgeschlossen. Die Instanzen sahen darin eine so unbestimmte Zeitbestimmung, daß der Lieferant nur verpflichtet, am Ende des Jahres das Jahresquantum zu liefern. Das Reichsgericht hat dagegen erwogen, daß der Vertrag bestimmt, dem Großhändler das im Laufe des Jahres zur Befriedigung seiner Abnehmer erforderliche Quantum zu sichern, daß deshalb Lieferung des ganzen oder des größten Theils der Waare am Schluß des Jahres für ihn keine Erfüllung sein würde, daß der Bedarf im Winter größer, als im Sommer, und daß mit Rücksicht auf diese Umstände nach Treu und Glauben festzustellen sei, in welchen gleichmäßigen Zwischenräumen und welche Quanta dem Vertrage entsprechend zu liefern.

In ähnlicher Weise ist in anderen Fällen aus den Umständen zu entnehmen, welche Erfüllungszeit die gewollte. Wenn wie in ObTr. 79 S. 56 eine Kohlenabbaugerechtigkeit gegen einen von der geförderten und verkauften Tonne zu zahlenden Zins veräußert wird, so versteht es sich von selbst, daß der Erwerber nach Treu und Glauben mit der Förderung in angemessener, nach den Umständen zu bestimmende Frist beginnen muß und das Kohlenfeld nicht Jahre lang unabgebaut liegen lassen darf. Auch nach BGB. versteht sich von selbst, daß, wenn Zahlung einer Aussteuer in Theilraten versprochen, oder wenn sich ergiebt, daß die Erfüllung erst nach dem Tode zu fordern, der Verpflichtete die Raten oder die Zeit nicht in seinem Testament bestimmen kann. ObTr. 56 S. 24. Aus den Umständen ergiebt sich vielfach die Erfüllungszeit auch dadurch von selbst, daß der Zweck der Leistung nur bei Leistung zu oder in bestimmter Zeit erreicht werden kann; in solchen Fällen kann vorher und nachher weder geleistet noch gefordert werden, die verfrühte Leistung ist nicht Leistung und muß wiederholt werden, wenn sie nicht als Erfüllung angenommen ist, die verspätete Leistung ist keine Leistung und die Verspätung macht die Erfüllung unmöglich, und die verspätete Forderung fordert eine andere Leistung. In solchen Fällen ist die Erfüllungszeit, die sonst und regelmäßig nur eine nicht wesentliche Modalität, wesentlicher Bestandtheil des Schuldverhältnisses und betrifft dessen Wirkung, nicht bloß die Fälligkeit. Dahin gehört Miethe eines Platzes, eines Fuhrwerks, einer Dienstleistung für einen bestimmten Tag, eine bestimmte Gelegenheit (Feierlichkeit, Ausstattung, Aufzug, Einzug, Bahnzug), für einen bestimmten Zeitraum (Rundreise, Rückfahrt), und das in BGB. § 361, HGB. § 376, Börsenges. § 48 behandelte Fixgeschäft. RG. 1 S. 64, 241; 6 S. 26. Vgl. zu § 361.

Die Vorschrift des HGB. II § 358 (HGB. I Art. 332), daß bei Handelsgeschäften nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit zu fordern und zu leisten, entspringt aus der Rücksicht auf den Verkehr und die Billigkeit. Für die Schuldverhältnisse des gewöhnlichen bürgerlichen Verkehrs fordert § 242 des BGB. die gleiche Rücksicht. Zu einer Zeit, wo Leistungen nicht gefordert und geleistet zu werden pflegen, darf nach Treu und Glauben nicht gefordert und geleistet werden, nicht bloß nicht an Sonn- und Feiertagen, § 193, sondern auch nicht zur Nachtzeit oder zu

sehr später und sehr früher Tageszeit. Auch sonstige konkrete Umstände können nach Sitte und Anstand Berücksichtigung fordern (Trauerfeierlichkeit).

Ueber die Zulässigkeit von Klage vor der Fälligkeit vgl. CPO. §§ 257—259.

IX. Zurückbehaltungsrecht. §§ 273, 274. E. I §§ 233—235. II §§ 230, 231. III §§ 267, 268. ALR. I 20 §§ 536—567. SBGB. §§ 767—769. C. c. art. 867, 1673, 1749, 1948, 2280. W. 1 § 195; 2 § 351 unter 3. D. P. 1 §§ 138, 227. Pr. Pr. 1 § 362. D. BR. 2 §§ 57—59. Eccius 1 § 110. RE. 3 Nr. 289. Endemann 1 § 125. Cosack 1 § 86 II 2. Crome, System des DBR. 1 § 124. Schollmeyer, Komm. z. Recht der Schuldverhältnisse.

76. Das BGB. stellt in § 273 die allgemeine Rechtsnorm auf, daß 1. der Schuldner seine fällige Leistung verweigern darf, bis der Gläubiger die dem Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältniß gebührende Leistung bewirkt; 2. daß insbesondere derjenige, der einen Gegenstand herauszugeben hat, die Herausgabe verweigern darf, bis er wegen seines fälligen Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen auf den Gegenstand (§§ 256, 257) oder von Schaden, der ihm durch den Gegenstand zugefügt, befriedigt wird, ausgenommen den Fall, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt hat.

Solche allgemeine Rechtsnorm, die dieselbe Natur hat, wie die Rechtsnorm in § 242, da sie auf der Billigkeit beruht, stellt weder das gem. R. noch das ALR. auf. Das Zurückbehaltungsrecht der §§ 536 ff. I 20 ALR. als Befugniß des redlichen Inhabers einer **fremden** Sache oder Kapitalsumme, §§ 536, 542, dieselbe in seiner Gewahrsam zu behalten, bis er wegen einer konnexen und bescheinigten Gegenforderung befriedigt, ist enger und anderer Natur, wenn auch ebenso wie das Zurückbehaltungsrecht des BGB. ein persönliches, kein dingliches Recht zur Geltendmachung eines persönlichen Anspruchs im Wege der Einrede. Beide haben, abweichend vom gem. R., OHG. 17 S. 351, 353, nichts zu thun mit der exceptio non adimpleti contr., ALR. I 5 §§ 271 ff.; BGB. § 320 Abs. 1 u. 2. Für die Fälle des § 273 Abs. 2 ist dies ohne Weiteres klar, für die Fälle des § 273 Abs. 1 folgt es aus den völlig verschiedenen Voraussetzungen. Der § 320 setzt einen gegenseitigen Vertrag voraus, bei dem die Leistung des Gläubigers und des Schuldners im Verhältniß von Leistung und Gegenleistung steht und aus der Vertragsnatur folgt, daß die Leistung nur gegen Leistung gefordert werden kann, weil jede Leistung Aequivalent der anderen ist. In § 273 wird weder gegenseitiger Vertrag, noch das Verhältniß von Leistung und Gegenleistung gefordert; deshalb schließt § 320 Abs. 1 Satz 3 die Anwendung des § 273 Abs. 3 aus. StrA. 30 S. 167. OHG. 21 S. 33. Dabei besteht eine innere Analogie des Verweigerungsrechts der beiden Fälle, die zu analoger Wirkung führt. § 322.

Nicht unter § 273 fällt das Zurückbehaltungsrecht in §§ 1428 und 1585 Abs. 2, wo der Frau das Recht gegeben, ihren Beitrag zu den Kosten des ehelichen Aufwandes und der Unterhaltung der Kinder zurückzubehalten, wenn die Gefahr besteht, daß der Mann (Vater) den Beitrag nicht zu seinem Zweck verwenden wird. Von der Aufrechnung, §§ 387 ff., ist auch das Zurückbehaltungsrecht der §§ 273, 274, wie das des ALR., trotz einer gewissen inneren Analogie (dolo petit, qui petit, quod redditurus est) nach Voraussetzung und Wirkung verschieden, insofern die Aufrechnung fällige gleichartige Forderung und Gegenforderung, aber nicht dasselbe rechtliche Verhältniß fordert und zur Tilgung beider Ansprüche durch Rechtsgeschäft führt.

Der § 394 Satz 1 steht deshalb der Einrede aus § 273 nicht entgegen. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht der §§ 369—372 HGB. II (I Art. 313 ff.) ist in Voraussetzungen und Wirkungen ein selbständiges Rechtsinstitut, das nicht unter die §§ 273, 274 fällt. RG. 12 S. 85, 90.

77. Das Zurückbehaltungsrecht in § 273 Abs. 1 hat nichts zur Voraussetzung, als daß der Schuldner gegen den Gläubiger, der seine Leistung fordert, einen fälligen Anspruch aus demselben rechtlichen Verhältniß hat, aus dem der Gläubiger ihn in Anspruch nimmt. Fällig muß auch die Forderung des Gläubigers sein, da sonst der Anspruch zur Zeit abgewiesen wird, der Schuldner des Zurückbehaltungsrechts nicht bedarf. Welcher Art die beiden Leistungen sind, ist gleichgültig; nicht bloß die Leistung von Sachen kann verweigert werden, sondern auch Leistung und Unterlassung von Handlungen, Erfüllung von Verpflichtungen irgend welcher Art, auch in Geld, das nicht körperliche Sache, sondern in Geld ausgedrücktes Werthquantum ist. RG. 12 S. 85, 90. Wesentlich ist, daß Gläubiger und Schuldner der beiden Leistungen dieselben Personen sind und daß beide Leistungen ihren Ursprung in demselben Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner haben. Die Streitfrage, ob das Zurückbehaltungsrecht gegen Dritte geltend gemacht werden kann, besteht für das BGB. nicht. Vgl. RG. 21 S. 313, 315. Universalsuccessor ist nicht Dritter, der Cessionar des Gläubigers ist Dritter, wenn er nicht zugleich mit der Forderung auch die Schuld überkommen hat, weil der Cedent ihm nicht mehr Rechte, als er selbst hatte, übertragen konnte. Der Cessionar des Schuldners, der zugleich Schuldner der Forderung des Gläubigers, hat das Zurückbehaltungsrecht, ebenso nach § 768 BGB. der Bürge. Mit der besonderen rechtlichen Stellung des Bürgen hängt zusammen, daß er den Gläubiger auf das diesem gegen den Hauptschuldner zustehende Zurückbehaltungsrecht verweisen kann. §§ 772, 773 Abs. 2. Vgl. § 770 Abs. 2. Eine Spezialvorschrift giebt § 803; der Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ist berechtigt, bei Einlösung der Schuldverschreibung den Betrag der nicht mit zurückgegebenen Zinsscheine zurückzubehalten, die er trotz der Einlösung und Aufhebung der Zinsverpflichtung zahlen müßte. Die Gläubiger des Gläubigers sind immer Dritte, d. h. im Konkurse und im Zwangsvollstreckungsverfahren außerhalb des Konkurses wirkt das Zurückbehaltungsrecht nur so weit, als die Konkursordnung es anerkennt. KonkO. § 49 Nr. 3, 4 (§ 41 Nr. 7, 8). Zwangs-Verst.Ges. § 93 Abs. 2.

Die Forderung des Schuldners muß fällig sein. Das setzt voraus, daß ihre Befriedigung verlangt werden kann; eine Forderung aus Spiel, Wette und anderen unvollkommenen Verbindlichkeiten, die nur erfüllbar sind und die solutis retentio geben, §§ 762, 764, 656 Abs. 1, begründet keine Einrede aus § 273. Verjährte Forderung ist nicht klagbar, aber nicht bloß erfüllbar, § 222, und aufrechenbar unter der Voraussetzung des § 390 Satz 2, sondern auch Grundlage von Anerkenntniß und Sicherheitsleistung, § 222 Abs. 2, und folgerecht auch der Einrede aus § 273. Insoweit als der Schuldner seine Leistung zurückhält, gewährt das Gesetz selbst ihm ein Sicherungsmittel, das er sich durch die Zurückbehaltung erhält und so lange hat, als er zurückhält. Vgl. §§ 478, 479, 490 Abs. 2, 639, 821, 853. Rechtsanwalts-O. § 32 Abs. 1 (vor Empfang seiner Auslagen und Gebühren ist der Rechtsanwalt nicht verpflichtet, die Handakten herauszugeben, § 196 Nr. 15

BGB.). Daß die Forderung des Schuldners bescheinigt (glaubhaft gemacht), wie § 541 I 20 ALR. fordert, ist nicht Voraussetzung der Einrede.

78. Der Anspruch des Schuldners, wegen dessen er die Einrede erhebt, muß aus demselben rechtlichen Verhältniß hergeleitet werden, auf dem seine Verpflichtung beruht, die der Gläubiger geltend macht, § 273 Abs. 1, oder nach § 273 Abs. 2 auf Verwendungen auf den Gegenstand beruhen, dessen Herausgabe gefordert wird, oder auf Schaden, der durch diesen Gegenstand verursacht und durch den Gläubiger zu ersetzen ist, der den Gegenstand herausfordert. Aus demselben rechtlichen Verhältniß, nicht aus demselben Vertrage. Ein Beispiel giebt auch für das BGB. RG. 14 S. 231, wo durch drei Verträge einem Unternehmer Arbeiten für Tunnel, Oberbau und Gebäude einer Bahnlinie übertragen und nach dem Vertrage für den Oberbau Schienen und anderes Material übergeben war; hier ist angenommen, daß dies Material von dem Unternehmer auch für Anspruch aus den beiden anderen Verträgen retinirt werden konnte, weil die drei Verträge konkret in einem solchen Verhältniß standen, daß sie ein einheitliches Rechtsverhältniß begründeten. Aus demselben rechtlichen Verhältniß entstammt der Anspruch des Schuldners auf Quittung gegenüber dem Anspruch des Gläubigers auf Zahlung, § 368, der des Gläubigers auf Erstattung der Kosten der öffentlich beglaubigten Quittung, § 369, ebenso der Anspruch des Cedenten gegen den Cessionar im § 403 und des Schuldners in §§ 798, 800, der Anspruch des Bevollmächtigten, Beauftragten, Verwalters, Geschäftsführers ohne Auftrag, Dienstpflichtigen auf Ersatz von Auslagen, Lohn, Verwendungen, Befreiung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Anspruch des Geschäftsherrn auf Herausgabe des zur oder durch die Ausführung des Geschäfts Erlangten, der eingezogenen Gelder, des Eingekauften oder sonst im eigenen oder im Namen des Geschäftsherrn Erworbenen. §§ 667, 670, 681, 683. (ALR. I 13 §§ 82, 83; 14 §§ 109, 165.) RG. 21 S. 287.

Ebenso verhält es sich mit dem Anspruch des Entleihers und Verwahrers wegen Auslagen, Verwendungen, Schadensersatz, Entgelt für die Aufbewahrung gegenüber dem Anspruch des Verleihers, Hinterlegers auf Herausgabe der Sache, §§ 600, 601, 604, 605, 689, 693, 694, 695, 699. (ALR. I 14 §§ 76—79, 247.) Hierher gehören auch die Ansprüche des Miethers und Pächters auf Ersatz von Verwendungen, Auslagen, Schaden gegenüber dem Anspruch des Vermiethers und Verpächters auf Zurückgabe der Sache nach Beendigung des Mieths- und Pachtverhältnisses. §§ 547, 592. ALR. I 21 §§ 396, 397. Durch § 556 Abs. 2 (§ 581 Abs. 2) ist für Miethe und Pacht von Grundstücken, abweichend vom ALR., das Zurückbehaltungsrecht aus überwiegenden wirthschaftlichen Gründen ausgeschlossen, ebenso wie in § 175 dem Bevollmächtigten das Zurückbehaltungsrecht an der Vollmachtsurkunde versagt ist. Wenn der Vermiether oder Verpächter rückständige Miethe oder Pacht nach widerrechtlicher Exmission fordert, kann der Miether, Pächter nach BGB. die Zahlung bis zur Wiedereinräumung des Besitzes verweigern, was nach ALR. verneint wurde, ObTr. 70 S. 180, weil die schuldige Miethe, Pacht keine retinirbare fremde Sache sei; für das BGB. trifft das nicht zu. Dagegen kann nach BGB. wie nach ALR. der Miether, Pächter die Räumung nicht wegen seines Anspruchs auf die bestellte Kaution weigern. Vgl. StrA. 94 S. 5. BGB. § 556 Abs. 2, § 581 Abs. 2.

Anders wird auch nach BGB. der Fall StrA. 9 S. 281 zu behandeln sein. A hatte

an B verkauft und gleichzeitig auf 10 Jahr von B gepachtet. Gegen die Exmissionsklage nach Ablauf der Pachtzeit hat das ObTr. die Einrede zugelassen, daß B den Kaufpreis noch nicht bezahlt habe. Nach BGB. würde sie zu versagen sein. § 556 Abs. 2. Wenn A an B eine Parzelle seines Grundstücks verkauft und übergiebt mit der Abrede, daß der Kaufpreis gegen eine für B auf dem ganzen Grundstück eingetragene Hypothek verrechnet werden soll, der Kaufvertrag aufgelöst wird, B im Besitz der Parzelle verbleibt, und gegen A die Hypothek einklagt, verweigert A die Zahlung dem B gegenüber mit Recht bis zur Herausgabe der Parzelle; aber gegen den Cessionar des B als Dritten versagt die Verweigerung. Vgl. StrA. 84 S. 240. RE. 2 Nr. 259 Erk. a. Dasselbe gilt nach BGB. wie nach ALR. (I 20 §§ 97, 98; 5 §§ 163, 337, 355, 366, 400, 407; 11 §§ 229ff., 253, 290, 303) in den Fällen, wo ein Rechtsgeschäft wegen Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Mangel der Form, Unmöglichkeit der Erfüllung, Nichterfüllung, mangelhafter Erfüllung, oder vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktritts oder auf Grund des Rechtsgeschäfts selbst, wie z. B. bei Wiederkauf rückgängig wird, BGB. §§ 347, 500. Alle diese, im ALR. durch besondere Vorschrift geregelten Fälle sind nach BGB. aus §§ 273, 274 zu beurtheilen. Wenn A zum Schein an B verkauft und übergiebt und den Preis bezahlt erhält, muß Jeder zurückgeben, was er erhalten, aber nur gegen Rückgabe dessen, was er selbst gegeben hat, StrA. 5 S. 289; ebenso wenn auf Grund formlosen und deshalb nichtigen Vertrages erfüllt ist, was ObTr. 50 S. 86, StrA. 62 S. 316 für die Fälle des nichtigen Parzellirungsgeschäfts ohne Grund verneinte.

79. In den Fällen des Abs. 2 § 273, Verweigerung der Herausgabe eines Gegenstandes wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen Anspruchs auf Ersatz eines durch den Gegenstand verursachten Schadens, wird das in Abs. 1 erforderte konnexe rechtliche Verhältniß durch die Beziehung des Gegenanspruchs auf den Gegenstand ersetzt. ALR. I 20 § 539. Solche Beziehung liegt auch ohne unmittelbare Verwendung in den Gegenstand z. B. vor bei Prämienzahlungen zur Erhaltung des Anspruchs aus einer Versicherungspolize. RG. 22 S. 215. Der Anspruch muß aber hier wie in Abs. 1 dem, der ihn geltend macht, gegen den zustehen, der die Herausgabe des Gegenstandes fordert. Der § 1000 BGB. giebt dem Besitzer, der die Sache nicht durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt hat, das Zurückbehaltungsrecht wegen der in den §§ 994ff. bezeichneten Verwendungen gegenüber der Eigenthumsklage auf Herausgabe der Sache unbeschränkt, d. h. gegen Jeden, der die Herausgabe zu fordern berechtigt ist; die Verwendung begründet hier das obligatorische Schuldverhältniß auf Ersatz der Verwendung und das Zurückbehaltungsrecht. In § 273 Abs. 2 ist ein obligatorisches Schuldverhältniß vorausgesetzt, das den Anspruch auf Ersatz der Verwendungen begründet. Nach § 972 ist § 1000 auf das Verhältniß des Finders zum Empfangsberechtigten wegen seines Anspruchs auf Ersatz von Aufwendungen für Verwahrung und Erstattung der Sache, zur Ermittlung des Berechtigten, und auf den Finderlohn anzuwenden, ebenso nach § 850 auf das Verhältniß dessen, der eine entzogene Sache herausgeben muß, zu dem Verletzten wegen Verwendungen auf die Sache. Vgl. ALR. I 7 §§ 204ff., 212ff., 245ff.; 15 §§ 26, 27; 20 §§ 80, 81. Diese Vorschriften haben ihre Bedeutung neben § 273, insofern sie die Rechtsnorm desselben auf das Schuldverhältniß zwischen Eigenthümer und Besitzer erstrecken und zugleich die Ersatzpflicht und deren Umfang normiren.

Fälle des § 273 Abs. 2, in denen der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen auf dem obligatorischen Schuldverhältniß zu dem die Herausgabe fordernden Gläubiger beruht, enthalten z. B. die §§ 304, 347, 450 (Verkäufer und Käufer), 500, 538 Abs. 2, 547, 592, 601, 670, 683, 693. Alle diese Vorschriften sind aus §§ 273, 274 zu ergänzen wie § 1000.

Verpflichtung zur Herausgabe umfaßt auch hier wie in § 258 die Verpflichtung zur Uebergabe. Vgl. § 450. Der zur Uebergabe verpflichtete Verkäufer hat Anspruch auf Ersatz nothwendiger und anderer Verwendungen, die er vor der Uebergabe nach Uebergang der Gefahr auf den Käufer gemacht hat, und hat nach § 273 Abs. 2 deshalb das Zurückbehaltungsrecht. Der § 273 Abs. 2 bezieht sich nach seinem Wortlaut nicht bloß auf Sachen, § 90, sondern auf Gegenstände, also auch auf Rechte. Der § 49 Nr. 3 KonkO. (§ 41 Nr. 7) läßt im Konkurse das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen auf Gegenstände, die zur Masse herauszugeben sind, als Pfandrecht nur bei Sachen und nur soweit wirken, als der durch die Verwendung zum Nutzen der Sache erzielte Vortheil noch vorhanden ist. Nach § 93 Abs. 2 des Zw.V.Ges. (RGBl. 1898 S. 713) ist dem Ersteher gegenüber das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen ausgeschlossen. Im Falle RG. 22 S. 215, wo W dem A eine Lebensversicherungspolize übergeben, A fast zwanzig Jahre hindurch die Prämien bezahlt hatte, die Erben des W dann auf Herausgabe der Polize gegen A klagten, würde A nach § 273 Abs. 2 die Polize wegen der verauslagten Prämien zurückbehalten können, gleichgültig, ob er die Polize zur Aufbewahrung oder zur Sicherheit wegen der künftigen Auslagen erhalten; gegen die Erben des W würde die Einrede wie gegen W selbst durchgreifen, sowohl aus dem Aufbewahrungsvertrage, § 693, wie gegen die Eigenthumsklage, gegen letztere auch dann, wenn W nicht der Eigenthümer der Polize war, und nicht die Erben des W, sondern der Eigenthümer auf Herausgabe klagte.

Anders lag die Sache im Falle RG. 39 S. 284, der in gleicher Weise auch nach BGB. zu entscheiden wäre. Auf dem Grundstück des A war für B eine Hypothek eingetragen, die B unter Uebergabe des Hypothekenbriefs dem C für Schuld verpfändet hatte; nach Kündigung und Hinterlegung des Betrages gegen B klagte A gegen C auf Herausgabe des Hypothekenbriefes. Hier konnte C sich nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht oder auf sein Pfandrecht berufen, weil durch die rechtmäßige Hinterlegung des Betrages der Hypothek die Hypothekenschuld getilgt war, A die Herausgabe des Hypothekenbriefes von C zu fordern berechtigt war, da mit der Tilgung der Hypothek auch das Pfandrecht des B erloschen war, die Zurückbehaltung aus § 273 Abs. 2 nicht zu begründen war.

80. Einen Anspruch auf Ersatz von Schaden, der durch eine Sache oder einen anderen Gegenstand zugefügt ist, hat z. B. der Verwahrer nach § 694 BGB., in gleicher Weise und unter gleichen Voraussetzungen aber auch der Gastwirth, der Beauftragte, der Entleiher, und Jeder, der eine fremde Sache für einen Andern in Händen hat. § 823, § 524 Abs. 1. Dazu treten die Fälle der Ersatzpflicht für durch Thiere und andere Gegenstände verursachten Schaden. §§ 833 ff. Hierher gehören auch die Fälle des altdeutschen, durch das BGB. nicht berührten Pfändungsrechts. EG. Art. 89 §§ 69 ff. Preuß. Feld- und Forstpolizeigesetz v. 1. April 1880, § 33 Feldpolizei-Ordn. Wegen solchen Schadens darf die Sache, die den Schaden verursacht hat, von dem Beschädigten, der sie in Händen hat, gegenüber dem, der

den Schaden zu ersetzen hat, zurückbehalten werden, nicht gegenüber Dritten. Fälle, in denen Schaden durch einen anderen Gegenstand als eine Sache verursacht, sind denkbar, wenn auch selten. In den meisten Fällen wird es sich um Ersatz von Kosten handeln, die durch Geltendmachung des Rechts ohne Nutzen entstanden und von dem, der das Recht übertragen hat, zu ersetzen sind, weil das Recht nicht so bestand, wie er es übertragen hat (Nießbrauch, Ausbeutungsrecht. A überträgt dem B auf 10 Jahre ein Erzförderungsrecht für ein Gebiet, nachdem er einen Theil davon schon an C übertragen, gegen den B ohne Erfolg klagt).

81. Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn das Schuldverhältniß entgegensteht und wenn der, der einen Gegenstand herauszugeben hat und das Zurückbehaltungsrecht sonst haben würde, den Gegenstand durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung (z. B. Diebstahl, Raub, Betrug, Wucher) erlangt hat. Vgl. § 1000 Satz 2. ALR. I 20 § 538. § 393 (keine Aufrechnung gegen Forderung aus vorsätzl. unerl. Hdlg.). Der Wucherer hat kein Zurückbehaltungsrecht wegen des Anspruchs auf Rückgabe dessen, was er geleistet hat. Dazu treten die bereits erwähnten Fälle, in denen das BGB. selbst das sonst begründete Zurückbehaltungsrecht ausnahmsweise ausschließt. In gleicher Weise versagt § 19 des Ges. vom 20. April 1892 betr. die Ges. m. b. H. das Zurückbehaltungsrecht an der nicht in Geld bestehenden Einlage wegen anderer Forderungen des Gesellschafters als solcher, die sich auf den Gegenstand der Einlage beziehen. BGB. § 273 Abs. 2. Art. 184a Satz 2 HGB. I, der in HGB. II § 221 gestrichen ist, weil der Satz des § 273 Abs. 2 auch für das HGB. durchgreift.

Der Grund dieser Vorschrift liegt wie die Ausschließung der Aufrechnung in derselben Vorschrift und im HGB. II § 221 Satz 2 in der Natur des Schuldverhältnisses. Das Schuldverhältniß steht der Verweigerung der Leistung immer entgegen, wenn die Zurückbehaltung durch Vertrag ausdrücklich, oder stillschweigend dadurch ausgeschlossen ist, daß sie mit dem nicht vereinbar ist, was der Vertrag ausdrücklich bestimmt oder bezweckt. Der Satz in HGB. II § 369 Abs. 3 (I Art. 313 Abs. 2) besagt für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dasselbe. Vgl. RG. 9 S. 295, 12 S. 85, 91; OHG. 19 S. 369, 8 S. 49. Darum kann z. B. eine Leistung nicht verweigert werden, die für einen Dritten bestimmt, an diesen zu leisten ist (Spediteur, Frachtführer; Einzahlung zur Auszahlung an Dritte, Einzahlung zu bestimmtem Zweck). In StrA. 42 S. 222 ist dem zu Unrecht entlassenen Buchhalter, der die Geschäftsbücher mitgenommen hatte, um sich wegen seines Interesseanspruchs aus der Entlassung zu sichern, das Retentionsrecht an den Büchern gegenüber der rekuperatorischen Besitzklage des Prinzipals gegeben. Auch nach § 863 BGB. würde das Zurückbehaltungsrecht in diesem Falle, wenn es anzuerkennen, die Besitzklage ausschließen, aber nach BGB. würde das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 2 nicht bestehen und aus § 273 Abs. 1 nicht anzuerkennen sein, weil anzunehmen sein würde, daß nach dem Schuldverhältniß zwischen Prinzipal und Buchhalter die für die Geschäftsführung bestimmten Bücher im Sinne beider Parteien nicht Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts. Der Pfandschuldner kann seine Leistung nie wegen des Anspruchs auf Rückgabe des Pfandes zurückbehalten, weil aus dem Schuldverhältniß folgt, daß er das Pfand erst fordern kann, wenn die Forderung getilgt ist. BGB. §§ 1223 Abs. 1, 1252.

Besteht die Leistung in einem Unterlassen, so wird die Verweige-

rung des Unterlassens, d. h. das Zuwiderhandeln, regelmäßig dem Schuldverhältniß und dessen Zwecken widersprechen und die Einrede deshalb ausgeschlossen sein, insoweit sie nicht zur Sicherung des Schuldners durch die zeitweise Nichtleistung, sondern zur Beseitigung des korrespondirenden Gläubigerrechts führt. Der Verkäufer einer Parzelle, der sich verpflichtet hat, auf dem ihm verbliebenen Rest des Grundstücks nicht zu bauen, kann dem Anspruch auf Unterlassen des Baus nicht entgegensetzen, daß der Käufer seine Verpflichtung, den Kaufpreis in Raten zu zahlen, nicht erfüllt habe, er deshalb nur gegen Zahlung den Bau oder eine Anlage anderer Art zu sistiren oder fortzunehmen habe. Wenn dagegen in demselben Falle der Verkäufer einen Zugangsweg auf der verkauften Parzelle aufgiebt, der Käufer sich zur Herrichtung eines anderen Weges verpflichtet, so wird der Verkäufer den alten Weg bis zur Herrichtung des neuen benutzen und gegen die negatoria des Käufers sich auf § 273 Abs. 1 berufen können. Die Frage, ob derjenige, der ein Pferd zur Fütterung und Wartung gegen Entgelt übernommen, wenn Leistung im Voraus bedungen, das Pferd verhungern lassen darf, wenn er das Entgelt nicht erhält, ist nicht aus § 273 Abs. 1, sondern aus §§ 320 ff., 242 zu entscheiden.

82. Der Inhalt des Rückbehaltungsrechts ist nach § 273 die Befugniß des Schuldners, seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern. Der Gläubiger wird durch das Recht des Schuldners nicht behindert, sein Recht geltend zu machen; nach § 202 Abs. 2 hemmt das Zurückbehaltungsrecht deshalb die Verjährung nicht. Klagt der Gläubiger auf die ihm schuldige Leistung, so macht der Schuldner seine Befugniß durch Einrede geltend. § 274. Ist sein Gegenanspruch unstreitig oder wird er festgestellt, so wird der Schuldner zur Leistung nur Zug um Zug gegen Empfang der ihm schuldigen Leistung verurtheilt, wie nach ALR. und gem. R.; die Einrede wirkt weder Abweisung, noch Abweisung zur Zeit. Die Einrede muß geltend gemacht werden wie andere Einreden, ist noch in der Berufungs-, nicht in der Revisionsinstanz, und in der Zwangsvollstreckung nur zulässig wie die Aufrechnung. CPO. § 767 Abs. 2. Vgl. StrA. 53 S. 148. Nach ALR. I 20 § 541 mußte die Gegenforderung so weit bescheinigt sein, als zur Anlegung eines Arrestes erforderlich, sonst wurde die Einrede nicht beachtet.

Nach BGB. ist Glaubhaftmachung nicht erforderlich. Wird die Gegenforderung bestritten, so ist über sie zu verhandeln und Beweis zu erheben, um sie festzustellen; über die Forderung kann nicht vorweg erkannt werden. Dies und die Verzögerung seiner Befriedigung kann der klagende Gläubiger dadurch beseitigen, daß er dem Schuldner gemäß §§ 232 ff., 240 Sicherheit leistet, nur ist die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft ausgeschlossen. § 273 Abs. 3. Die Verweigerung der Leistung soll den Schuldner nur wegen seiner Befriedigung sichern, ALR. I 20 §§ 555 ff., § 552. Die Sicherheitsleistung braucht nicht weiter zu gehen, als zur Sicherung erforderlich, ALR. I 20 § 553, und die Pflicht zur Sicherung fällt hier noch eher als in § 320 Abs. 2 fort, wenn die Gegenleistung so geringfügig, daß die Sicherung nicht erforderlich erscheint. Ebenso fällt die Sicherheitsleistung fort, wenn sie nicht erforderlich, weil der Schuldner schon Sicherheit durch Pfand oder sonst hat. Vgl. StrA. 36 S. 110, wo nach gem. R. die Verurtheilung ausgesprochen wurde, als der Käufer, der eine Rate des Kaufgeldes von 1000 unbezahlt gelassen hatte, gegen die Klage auf eine zweite Rate den Betrag von 500 wegen eines Gewährleistungsanspruchs retiniren wollte. Ist die Gegen-

forderung unstreitig oder, bevor Sicherheit geleistet, festgestellt, so ist von Abwendung der Verweigerung durch Sicherheitsleistung nicht mehr die Rede. ALR. I 20 §§ 545, 551, 556, 557. StrA. 49 S. 25, 21 S. 230. RG. 14 S. 110.

Von selbst versteht sich, daß die Sicherheitsleistung nicht bloß im Prozeß, sondern vor dem Prozeß zur Beseitigung des Zurückbehaltungsrechts geleistet werden kann, wenn die Gegenforderung streitig und nicht liquide ist, oder der Schuldner im Annahmeverzug ist. §§ 372, 373. Daß der Schuldner im Annahmeverzug bezüglich der Leistung ist, die er zu fordern hat, beseitigt allein die Einrede aus § 273 nicht, § 274 Abs. 2, wenn der Gläubiger nicht hinterlegt hat. Ebenso wenig beseitigt die Hinterlegung allein die Einrede, wenn die Gegenforderung unstreitig und der Schuldner nicht im Annahmeverzuge oder die Hinterlegung sonst begründet war. Wo die Abwendung der Zurückbehaltung durch Sicherheitsleistung zulässig, ist die Sicherheit im Prozeß zu leisten; Verurtheilung gegen Sicherheitsleistung entspricht dem § 273 BGB. nicht.

83. Außer der Replik der Sicherheitsleistung und der gesetzlichen Unzulässigkeit der Zurückbehaltung, § 273 Abs. 2, ist der klagende Gläubiger in der Lage, die Zurückbehaltung durch Berufung auf vertragsmäßigen Ausschluß der Zurückbehaltung und durch den Beweis abzuwenden, daß der Schuldner wegen seiner Gegenforderung befriedigt ist. Die in ALR. I 20 §§ 559 ff. behandelte Frage des Verlustes des Zurückbehaltungsrechts durch Verlust des Besitzes oder Auslieferung der Sache hat eine Bedeutung nur bei Auslieferung an einen Dritten und für die Frage, ob der Dritte sich gefallen lassen muß, daß der ursprüngliche Zurückbehaltungsberechtigte ihm gegenüber Befriedigung aus der Sache oder deren Erlös verlangen kann.

Im Konkurse geht das Zurückbehaltungsrecht, soweit es anerkannt, § 49 KonkO., durch die Ablieferung zur Konkursmasse gemäß KonkO. § 127 (117) nicht verloren, selbstverständlich aber durch Auslieferung an den Gemeinschuldner vor dem Konkurse. In der Zwangsvollstreckung außerhalb des Konkurses ist der Berechtigte durch den Besitz der Sache gegen die Zwangsvollstreckung geschützt, CPO. § 809; soweit sein Recht gegen den Zwangsvollstreckungsgläubiger überhaupt besteht, geht es durch unrechtmäßige Pfändung nicht verloren, wohl aber durch freiwillige Auslieferung an den Gerichtsvollzieher und durch Auszahlung des Erlöses an den Gläubiger, da eine Kondiktion sich nach §§ 812 ff. nicht begründen läßt.

Ob der Zurückbehaltungsberechtigte bezüglich einer Sache deren Besitz und welche Rechte und Pflichten er aus dem Besitz gegen Dritte hat, ALR. I 20 §§ 558, 561, bestimmt sich nach dem konkreten Rechtsverhältniß, §§ 858, 859, 862 ff. BGB. Nur insoweit aus der Störung des Besitzes Rechte gegen Dritte entstehen können, können Rechte auf Schadensersatz wegen Verletzung des Zurückbehaltungsrechts entstehen. Vgl. StrA. 76 S. 112.

84. Ueber die Zwangsvollstreckung des Urtheils, das auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechts auf Leistung Zug um Zug ergangen ist, trifft jetzt CPO. §§ 726, 756, 765 Bestimmungen, zu denen die Bestimmung in § 274 Abs. 2 tritt, die mit der Vorschrift in § 756 CPO. übereinstimmt. Vgl. zu § 726 Abs. 2 den § 894 Abs. 1 Satz 2. Besonderes ist dazu hier nicht zu bemerken.

Die Kehrseite des Zurückbehaltungsrechts, die es dem Pfandrecht nähert, ist,

daß nach CPO. § 777 derjenige, dem an einer beweglichen Sache ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, von dem Schuldner der Forderung, für die das Zurückbehaltungsrecht besteht, in der Zwangsvollstreckung wegen dieser Forderung in gleicher Weise wie der Pfandgläubiger auf die zurückgehaltene Sache wegen seiner Befriedigung verwiesen werden und dadurch die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen des Schuldners ganz oder theilweise abgewendet werden kann, ein Fall des benefic. excussionis.

Daß ein Zurückbehaltungsrecht wie die Aufrechnungsbefugniß durch Vertrag begründet werden kann, ist nicht fraglich. In solchen Fällen wird indessen sorgsam zu prüfen sein, ob nicht ein Pfandrecht gewollt ist. Der Vertrag kann die Voraussetzungen des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts anders normiren, z. B. von der Konnexität und der Fälligkeit absehen. Einen anderen Inhalt, als den des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts, kann der Vertrag aber nicht begründen, oder das gewollte Recht ist kein Zurückbehaltungsrecht. Nach dem BGB. ist es ausgeschlossen, ein Zurückbehaltungsrecht durch Vertrag mit dinglicher Wirkung auszustatten, was RG. 16 S. 169 für Preuß. R. zugelassen hat, wenn auch RG. 20 S. 133 die Konsequenz der Wirkung eines solchen Rechts im Konkurse nicht gezogen hat. Bei der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte des BGB. kann durch Vertrag ein vom Gesetz nicht anerkanntes dingliches Recht nicht bestehen.

X. Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit, gesetzliche Vertreter und Gehülfen. Unmöglichwerden der Leistung. Schadensersatz wegen Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit der Leistung. E. I §§ 144, 145, 224, 225, 237—244. II §§ 232—239. III §§ 269—277. ALR. I 3 §§ 7ff., 15, 16—23; 5 §§ 277ff., 285ff., §§ 360, 364, 375; 6 §§ 10ff.; 11 §§ 883—889. SBGB. §§ 121—123; §§ 728—730, 731, 738; § 745; § 960; §§ 1009—1013. C. c. art. 1137, 1146—1148, 1302, 1303, 1384. W. 1 § 101; 2 §§ 264, 265, 360, 401. D. P. 1 § 86; 2 §§ 38, 68. Pr. Pr. 1 §§ 78, 79; 2 § 33; D. BR. 2 §§ 63—70. Eccius 1 §§ 25, 44, 87. Cosack 1 §§ 71, 72, 98—100. Endemann 1 §§ 110—116. Crome, System 1 § 109. Jhering, Jahrb. 43 S. 105. Schollmeyer, Kommentar zu § 278.

85. Das BGB. behandelt in den §§ 275ff. im Anschluß an die Normen über die Wirkung nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung die Haftung für Verschulden in Schuldverhältnissen. culpa in contractu. §§ 276, 277, 278. An anderer Stelle, im Titel von den unerlaubten Handlungen, wird das Verschulden behandelt, durch welches außerhalb bestehender Schuldverhältnisse ein Schuldverhältniß begründet wird. Außerkontraktliches Verschulden. §§ 823ff., 848. Diese Vorschriften des BGB. finden Anwendung, soweit das Schuldverhältniß nach seinen Normen zu beurtheilen ist. Vgl. RG. 37 S. 181. Kontraktliches und außerkontraktliches Verschulden kann zusammentreffen und hat dann seine selbständigen Wirkungen. Vgl. § 852. Wenn der Verkäufer mit Hülfe eines Anderen den Käufer bei oder nach Abschluß des Vertrages betrügt, so haften Beide solidarisch aus dem Betruge, der Verkäufer auch aus dem Vertrage; wenn der Pfandgläubiger die Pfandsache vorsätzlich oder fahrlässig beschädigt oder nach Tilgung der Pfandschuld unberechtigt zurückhält und vorsätzlich oder fahrlässig beschädigt, haftet er aus dem Vertrage und der unerlaubten Handlung. Vgl. RG. 33 S. 122. OHG. 15 S. 83, 86. Und wer aus dem Vertrage nur für grobe Fahrlässigkeit

haftet, kann aus § 823 wegen jeder Fahrlässigkeit haften, wenn nicht der Vertrag selbst entgegensteht.

Auf die culpa in contrahendo, ALR. I 5 § 284, beziehen sich die §§ 276—278 nicht, die ein fertiges Schuldverhältniß voraussetzen. Fälle der culpa in contrah. behandeln die §§ 307, 122, 179, 694. Vgl. Bd. 1 S. 192, 216. Daß der § 278 auf die culpa in contrah. nicht zu beziehen, ergiebt sich direkt aus seiner Fassung. Wo es sich um die Mitwirkung von Vertretern und Gehülfen beim Vertragsschlusse handelt, ergiebt sich die Haftung des Vertretenen für gesetzlichen und gewillkürten Vertreter aus den §§ 164ff., vgl. Bd. 1 S. 257, 258. Gehülfe beim Vertragsschlusse kann der Bevollmächtigte oder Agent zum Vertragsschlusse oder zur Vertragsvermittelung sein, für dessen Verschulden der Machtgeber nach den bei den §§ 164ff. entwickelten Grundsätzen haftet.

In RG. 43 S. 143 lag die Sache noch anders. Ein inländischer Tabakimporteur hatte 100 Ballen Tabak für den Seetransport vom Schwarzen Meer nach Hamburg von Speicher zu Speicher auf Grund der telegraphischen Anzeige seines Agenten am Verladeplatz versichert; der Agent hatte verschwiegen, daß bei Abgabe des Telegramms 57 von den 100 Ballen bereits beim Transport zum Dampfer verloren gegangen waren. Die Versicherung ist in allen Instanzen für unverbindlich erachtet, weil der Kaufmann, der sich in seinem Geschäft der Dienste von Hülfspersonen bediene, einen für den Vertragsschluß kausal gewordenen dolus derselben sich entgegensetzen lassen müsse, auch wenn er selbst in gutem Glauben. Dabei ist auf die Rechtsentwickelung Bezug genommen, die zu dem Rechtssatz des § 278 für die Erfüllung von Verbindlichkeiten geführt hat, und ausgeführt, daß der Anwendung auf die Mitwirkung von Gehülfen beim Vertragsschlusse nichts entgegenstehe. Für das BGB. würde § 278 außer Betracht bleiben müssen, ebenso die §§ 164ff., da der Agent bei dem Vertragsschlusse über die Versicherung nicht mitgewirkt, sondern nur seinen Prinzipal in dessen Interesse in Irrthum versetzt hatte, aber der Prinzipal würde sich ohne Verstoß gegen § 242 auf diesen Irrthum, der für ihn zu einer ungerechtfertigten Bereicherung führen würde, nicht berufen können.

Wirkliche Gehülfen in contrahendo sind die Handlungsagenten, HGB. II §§ 84ff., die Handelsmäkler, HGB. II §§ 93ff.; andere Mäkler, BGB. §§ 652ff., soweit sie Geschäfte zu vermitteln haben. Ein dem § 278 entsprechender allgemeiner Rechtssatz für die culpa in contrah. dieser Gehülfen läßt sich nicht aufstellen. Es versteht sich vielmehr von selbst, daß sie den, der sich der Hülfe bedient, soweit nicht verpflichten, als sie ihren Auftrag überschreiten; in dieser Richtung giebt HGB. II § 85 eine schon Bd. 1 S. 251 erwähnte, praktisch wichtige Vorschrift, die als Ausnahme die Regel bestätigt. Vgl. ferner §§ 95, 98 HGB. II. Von selbst versteht sich auch, daß der Prinzipal keine Rechte daraus herleiten kann, daß der Agent dem Dritten das Geschäft anders darstellt, als der Prinzipal es schließen will, der Prinzipal das Geschäft vielmehr so nehmen muß, wie der Agent es vermittelt hat, oder das Geschäft aufrufen muß, endlich, daß der Prinzipal aus Verschulden des Agenten keine Rechte herleiten kann. Vgl. Bd. 1 S. 251. RG. 30 S. 29, 36 S. 245. Weiter ist nicht zu gehen. Anders kann sich die Sache gestalten, wenn der Gehülfe für den Vertragsschluß zugleich Vertreter ist, wenn auch nur theilweise, wie dies oft bei den Agenten der Versicherungsgesellschaften der Fall ist, die bestellt und berufen, den Versicherungsuchern und Versicherungsnehmern Auskunft über wichtige

Fragen zu geben; dann kann die Versicherungsgesellschaft verpflichtet sein, solche unrichtige, unvollständige Auskunft gelten zu lassen. Vgl. RG. 27 S. 151, 39 S. 177, 46 S. 185.

86. In fertigen Schuldverhältnissen aller Art hat nach § 276 der geschäftsfähige Schuldner grundsätzlich und regelmäßig Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, d. h. er haftet für deren Folgen, abweichend vom gem. und Preuß. R., ohne Unterschied, ob das Schuldverhältniß nur für den einen, oder für beide Theile Nutzen und Vortheil bringt. ALR. I 5 §§ 277 ff. Vorsatz und Fahrlässigkeit ist das Verschulden, von dem das BGB. in §§ 53, 160, 228, 254, 278, 351, 823 Abs. 2, 989 spricht. Von Verschulden ist nicht die Rede, wo keine Verantwortlichkeit besteht: deshalb finden die §§ 827, 828 Anwendung, § 276 Abs. 1 Satz 2, welche die Verantwortlichkeit für außerkontraktliche Beschädigung mit Rücksicht auf das Lebensalter, Taubstummheit, Störung der Geistesthätigkeit und der freien Willensbestimmung ausschließen. Der nicht oder nur beschränkt geschäftsfähige Schuldner haftet nach diesen Vorschriften auch in den für ihn begründeten Schuldverhältnissen nur wegen unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung. § 682 (neg. gestio). RG. 6 S. 259.

87. Vorsätzlich handelt der Schuldner gegen das Schuldverhältniß, wenn er das Schuldverhältniß weiß, und weiß und will, was er thut, mit dem Bewußtsein, daß daraus die Verletzung des Schuldverhältnisses und die Schädigung des Andern folgen kann. So handelt in § 912 der Eigenthümer vorsätzlich, wenn er bei dem Ueberbau die Grenze kennt und den Bau über die Grenze will, und wer bei Auskunftsertheilung vorsätzlich verschweigt, was er weiß und was erheblich sein kann, haftet aus Vorsatz, wenn er sich nur bewußt ist, daß der Andere zu seinem Schaden durch das Verschweigen beeinflußt werden kann. Daß die Verletzung des Schuldverhältnisses und der aus der vorsätzlichen Handlung entstehende Schaden oder der eigne oder fremde Vortheil gewollt wird, ist nicht erforderlich. RG. 23 S. 130, 137. Ist der Vorsatz auf die Verletzung und den Schaden gerichtet, der Schaden beabsichtigt, so liegt Arglist und bösliche Handlung vor (dolus im eigentlichen Sinne). Vgl. zu §§ 324, 615, 649; §§ 123, 124, 318; die Fälle „arglistigen Verschweigens" in den §§ 460, 463, 480, 523, 524, 539, 2385, 600, 2183, und zu § 2333 Nr. 4 (böswillige Verletzung der Unterhaltspflicht). RG. 1 S. 22, Vgl. § 1567 (bösliche Verlassung), auch über bösliche Schädigung und bösliche Handlungsweise, HGB. II §§ 202, 203, 267, 269; Binnenschiff.Ges. § 4 Abs. 2, § 74 Abs. 2, § 75; Börsenges. §§ 43, 44.

Die Haftung für eigenen Vorsatz kann dem Schuldner im Voraus nicht erlassen werden, ein solcher Erlaß wäre unsittlich. Auf die entstandenen Ansprüche kann verzichtet werden. § 276 Abs. 2, § 278 Satz 2. Das ist der gemeinrechtliche Satz von der Unzulässigkeit des pactum ne dolus praestetur, l. 226 D. 50, 16 u. a., SBGB. § 123, der im ALR. I 5 § 277; 20 § 241; 14 § 146; 16 § 400 wiederkehrt. RE. 1 S. 470. Auch nach BGB. § 134 ist ein solcher Vertrag nichtig. Börsenges. § 46. Die Stipulation in einem Lieferungsvertrage, daß der Lieferant für keinerlei Schaden aus der Unbrauchbarkeit der Sache hafte, darf deshalb nie auf den Fall bezogen werden, daß die Unbrauchbarkeit auf Vorsatz beruht, OHG. 2 S. 287, 293, und die Klausel „selbstverständlich ohne Obligo" bei Auskunftertheilung ist gegenüber dem Anspruch aus vorsätzlich falscher Auskunft rechtlich unwirksam. RG. 20 S. 190, 193. Im Zusammenhange mit dem Rechtssatze und auf demselben Gesichtspunkte beruht die Vorschrift in den §§ 443 (445, 515), 540 (543), 651,

daß jede Vereinbarung über Erlaß oder Beschränkung der Gewährleistung bei Arglist des dadurch befreiten Kontrahenten nichtig ist.

88. Fahrlässig handelt der geschäftsfähige und verantwortliche Schuldner, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. § 276 Abs. 1 Satz 2. Zu dieser Sorgfalt ist wie nach ALR. I 3 § 16 zu der „Aufmerksamkeit in den Geschäften des Lebens, die erforderlich ist, um den Gesetzen gemäß zu handeln", Jeder verpflichtet. Diesen Satz spricht das BGB. so nicht aus, er wohnt aber jedem Recht von selbst inne und gilt auch außerhalb bestehender Schuldverhältnisse. In RG. 29 S. 212, 35 S. 318, 326, 327 ist daraus abgeleitet, daß, wer ohne Auftrag und unaufgefordert Geld an einen Anderen absendet, darauf rechnen darf, daß seitens des Adressaten Fürsorge dafür getroffen, daß Geldsendungen in seine Hände gelangen, namentlich im Geschäftsverkehr. Jeder soll im Verkehr sein Verhalten so einrichten, daß nachtheilige Folgen für Andere vermieden werden; wer sein Verhalten nicht so einrichtet, handelt fahrlässig. Der Maßstab, den der Verkehr, „die Geschäfte des Lebens" an das Verhalten der Einzelnen anlegt, ist ein durchaus objektiver, auf Jeden berechneter. Der Verkehr und die Geschäfte des Lebens fordern einen solchen objektiven Maßstab, wie er auch in HGB. II §§ 84, 202, 241, 242, 249, 347, 384 408, 429, 511 in der „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, Geschäftsmanns, Frachtführers, Schiffers" angelegt wird, und auch in dem Erforderniß der Sorgfalt, Aufmerksamkeit „des ordentlichen, aufmerksamen Hausvaters" enthalten war. SBGB. §§ 121, 122. Vgl. ALR. I 3 §§ 24, 25.

Die erforderliche Sorgfalt wird regelmäßig auch die übliche sein; geht die übliche ausnahmsweise unter das erforderliche Maß herunter, so kann das nur auf Mißbrauch beruhen, dem sich Niemand zu fügen braucht, mit dem Niemand rechnen muß. Dadurch, daß im Verkehr von dem Künstler mehr als von dem Handwerker, vom Sachverständigen mehr als vom Nichtsachverständigen, vom Meister und Gesellen mehr als vom Lehrling, vom Dorfschneider weniger als vom Schneider in der Stadt gefordert wird, wird der Verkehrsmaßstab kein subjektiver.

Das ALR. schied grobes, mäßiges und geringes Versehen. Das BGB. kennt nur Fahrlässigkeit und eine Steigerung derselben, die grobe Fahrlässigkeit, die es nicht definirt, deren Wesen sich aber daraus ergiebt, daß auch der wegen grober Fahrlässigkeit haftet, der gesetzlich nur für die Sorgfalt einzustehen hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. § 277. D. h. grobe Fahrlässigkeit ist die Außerachtlassung der Sorgfalt, die Jeder anwendet, selbst wenn er in seiner eigenen Angelegenheit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht anwendet. l. 213 § 2 D. 50, 16. ALR. I 3 § 18. SBGB. § 122. Auch für grobe Fahrlässigkeit haftet grundsätzlich Jeder § 277, aber ein Rechtssatz, daß sie dem Vorsatz gleichsteht, culpa lata dolo aequiparatur, ist nicht aufgestellt, nur Unkenntniß aus grober Fahrlässigkeit vielfach der Kenntniß gleichgestellt. §§ 460, 539, 851, 932, 122 Abs. 2.

Fahrlässigkeit schließt begrifflich den Irrthum in sich; es giebt keine Fahrlässigkeit ohne Irrthum; wo der Irrthum fehlt, liegt immer Vorsatz oder Böswilligkeit vor; ob der Irrthum ein thatsächlicher oder rechtlicher, macht nach BGB. keinen Unterschied; es kommt immer darauf an, ob er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vermeidbar war oder nicht. Rechtsirrthum über zweifelhafte

Rechtsfrage kann sehr wohl entschuldbar sein. RG. 39 S. 94, 99. Vgl. Bd. 1 S. 137 und RG. 42 S. 144. Im Entw. I § 241 war ausdrücklich bestimmt, daß die Unmöglichkeit der Leistung, die dadurch herbeigeführt, daß der Schuldner sich in Ansehung des Schuldverhältnisses in einem entschuldbaren Irrthum befunden, als durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand herbeigeführt gelte. Die Vorschrift ist als selbstverständlich und auch ungenau gestrichen. Selbstverständlich war sie, wenn sie sagen sollte, daß entschuldbarer Irrthum Verschulden ausschließt, aber in Verbindung mit § 237 Abs. 1 Entw. I konnte sie bedeuten, daß der Schuldner befreit sei, wenn er aus entschuldbarem Irrthum die im Nachlaß gefundene, verkaufte, vermachte oder fremde Sache für nicht verkauft, nicht vermacht, für eigene Sache hält und vernichtet, beschädigt, entwerthet, verschenkt, verkauft. Das Röm. R. entschied anders. l. 42, 43, 112 § 1 D. de leg. I. l. 26 §§ 1, 2, 3 D. 36, 1. l. 41 § 16. l. 89 § 7 D. de leg. II. Unger, Handeln auf eigene Gefahr S. 37.

Nachdem § 241 I gestrichen, bleibt die Entscheidung der Frage für das BGB. frei, und nach dem BGB. hat der Schuldner grundsätzlich zwar nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, daneben muß aber der jedem Recht innewohnende Satz anerkannt werden, daß Niemand sich durch seine eigene Handlung von seiner Verbindlichkeit befreien, Niemand aus seinem eigenen Irrthum oder aus dem von ihm selbst herbeigeführten Rechtsverlust eines Anderen Vortheil ziehen kann, § 122, RG. 41 S. 56, 58; 32 S. 143, daß jeder verantwortliche Mensch die Gefahr seiner Handlung trägt und nicht auf Andere abwälzen kann. Das BGB. zwingt nicht zu dem Schluß, daß in den §§ 275, 280 unter dem „zu vertretenden Umstand" nur der nach §§ 276, 277 zu vertretende Umstand zu verstehen sei.

89. Der Rechtssatz, daß für Vorsatz und Fahrlässigkeit Jeder haftet, besteht nur sofern nicht ein Anderes bestimmt ist. § 276 Abs. 1 Satz 1. Ein Anderes kann durch Vertrag oder einseitige oder letztwillige Verfügung bestimmt werden, soweit nicht Abs. 2 § 276 entgegensteht, oder ist durch Gesetz bestimmt. Durch Vertrag kann namentlich die Haftung für grobe Fahrlässigkeit erlassen werden. Durch Vertrag kann aber auch die Haftung über das gesetzliche Maß erweitert werden, die Haftung für den Erfolg unter allen Umständen, für fremdes Verschulden, für Zufall und höhere Gewalt übernommen werden. In § 701 Abs. 3 ist nur die einseitige Ablehnung der Haftung des Gastwirths ex recepto durch Anschlag für wirkungslos erklärt. Besonders geregelt ist ohne Rücksicht auf dolus und culpa die Gewährleistungspflicht bei lästigen Verträgen, §§ 433ff., 459ff., 493, die aus der Natur dieser Verträge abzuleiten ist. Gesetzlich ist die Haftung bald erweitert, bald beschränkt:

a. Nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet der Schuldner während des Gläubigerverzugs, § 300, der Schenker, § 521, der Verleiher, § 599 (vgl. § 600), der Geschäftsführer ohne Auftrag, wenn er von dem Geschäftsherrn eine dringende Gefahr abwenden will, § 680, der Finder, § 968. Vgl. auch § 912. Die Rücksicht auf den Schuldner wird in diesen Fällen durch das Verhalten des Gläubigers und die besondere Natur des Schuldverhältnisses begründet, das dem Schuldner alle Last ohne Entgelt läßt. Nach HGB. II § 347 Abs. 2 gilt diese Vorschrift auch, wo es sich um ein Handelsgeschäft auf Seiten des Verpflichteten handelt.

b. Nur für die Sorgfalt in eigener Angelegenheit, aber immer für grobe Fahr-

lässigkeit § 277, diligentia quam suis, haften der Verwahrer ohne Entgelt, § 690, der Gesellschafter, § 708, Ehegatten bei Erfüllung der auf ehelichem Verhältniß beruhenden Verpflichtungen, § 1359, Vater und Mutter bei Ausübung der elterlichen Gewalt, §§ 1664, 1686, der Vorerbe bei der Verwaltung den Nacherben gegenüber, § 2131. Nach HGB. II § 347 Abs. 2 gilt dies auch für Handelsgeschäfte. Der Schuldner hat sich durch das Vorbringen, daß er so gehandelt, wie in eigenen Angelegenheiten, zu exculpiren und sein Vorbringen zu beweisen. Der innere Grund der Vorschrift liegt auch hier in der besonderen Natur des Schuldverhältnisses, das nach der Auffassung des Gesetzes den Verpflichteten entschuldigt, wenn er nicht mehr thut, als was er für sich selbst thut. Von Erweiterung der Haftung durch den Nachweis, daß der Schuldner in eigenen Angelegenheiten mehr thue, als was das Gesetz nach § 276 von Jedem verlangt, ist nicht die Rede.

e. Erweitert ist die Haftung durch das Gesetz, abgesehen von § 278, in § 279 (vgl. zu § 243 und Anm. 98), in § 287 Satz 2 bei dem Schuldner im Verzuge, in § 678 bei neg. gestio gegen den Willen des dominus, in §§ 701, 702 bei dem receptum, und in § 848 (Schuldverhältniß zwischen dem unredlichen Besitzer aus unerlaubter Handlung und dem Berechtigten). Besondere Vorschriften enthält HGB. II § 426 Abs. 2, § 429, § 606 (Absender, Frachtführer), § 456 (Eisenbahn), Binnenschiff.Ges. § 58 (neue Fassung), das Preuß. Eisenb.Ges. § 38, das Haftpflichtges. §§ 1, 2, das Postges. v. 28. Oktober 1871 §§ 6, 11. Ueber den Begriff der Haftung bis zur höheren Gewalt vgl. zu § 701.

90. Haftung für das Verschulden Anderer. § 278. Das ALR. ging in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem röm. R. davon aus, daß in kontraktlichen und außerkontraktlichen Verhältnissen ohne eigene Schuld (in eligendo, custod.) für das Verschulden Anderer nicht gehaftet werde. I 13 §§ 36, 46, 47, 152; 6 §§ 53, 60ff., 65ff.; 21 §§ 279, 442, 517; 11 § 897. Bei Verträgen über ein verdungenes Werk stand aber der Werkmeister für die Handlungen seiner Gehülfen wie für seine eigenen ein, §§ 928—930 I 11, und aus § 85 I 13, daß den Machtgeber das, was der Bevollmächtigte zufolge des Auftrages mit dem Dritten verhandle, ebenso verpflichtet, als ob mit ihm selbst verhandelt, wurde gefolgert, daß der Machtgeber für den Betrug des Bevollmächtigten hafte. RE. 1 Nr. 129, 2 Nr. 241 unter 4. OHG. 6 S. 404, 15 S. 26. Vgl. Bd. 1 dieses Komment. S. 257ff., 264 zu §§ 164ff. BGB.

Daß in Vertragsverhältnissen wie in gesetzlichen Schuldverhältnissen der gesetzliche Vertreter der natürlichen Person wie der gesetzliche Vertreter und die Willensorgane des Fiskus und anderer juristischen Personen die vertretene Person durch solche Handlungen verpflichten, die rechtsgeschäftlich als Handlungen der vertretenen Person gelten, weil diese durch den Vertreter handelt, § 82 II 6 ALR., war anerkannten Rechts. Vgl. Bd. 1 S. 33 zu § 31 BGB. ObTr. 61 S. 1. RG. 19 S. 348, 22 S. 259, 31 S. 246, 35 S, 317, 47 S. 328. In StrA. 75 S. 8 hatte der Vormund einen Garten des Mündels verpachtet und unter Verletzung des Pachtvertrages Bäume aus dem Garten fortgenommen; der Mündel ist für den Schadensersatz haftbar gemacht. Wer selbst zur Leistung verpflichtet, haftete für den, dem er die Leistung übertragen, auch wenn die Uebertragung nicht unerlaubt war, und stets, wenn sie unerlaubt war. RG. 41 S. 195 (Verpflichtung, eine

Hypothek zur Löschung zu bringen; Haftung für den Notar, dem die Sache übertragen und der sie verschleppt); 23 S. 95 (Uebersendung von Geld durch Bankier; Haftung für den Kassenboten). Besondere Vorschriften bestanden in den §§ 11, 12 und §§ 138—140 II 15 ALR. für den Fall des Schadensersatzes aus dem untauglichen Zustand einer Brücke oder Straße; bei Landstraßen sollte nur der mit der Sorge für den Zustand betraute Beamte allein, nicht der Fiskus haften, der Privatinhaber einer Zoll- oder anderen Gerechtigkeit aber, der zu Unterhaltung verpflichtet, allein haften und den Beschädigten nicht an den schuldigen Beamten verweisen dürfen. ObTr. 14 S. 92, 37 S. 32. RG. 40 S. 293, 44 S. 173. RE. 1 Nr. 129. Diese Vorschriften sind als dem öffentlichen Recht angehörig ebenso unberührt geblieben wie § 14 des Preuß. Eisenb. Ges. und die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staats, der Gemeinden und anderen öffentlichen Verbände für Schaden durch Handlungen ihrer Beamten in Ausübung der ihnen zustehenden öffentlichen Gewalt. EG. Art. 77. Nach EG. Art. 78 sind auch die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung der Beamten für die von ihnen angenommenen Stellvertreter und Gehülfen unberührt geblieben, soweit sie über den Umfang des § 278 hinausgehen.

Im gem. R. war die Frage bekanntlich kontrovers, W. 2 § 265 Anm. 6, die neuere Entwicklung ging aber überwiegend und ausgeprägt dahin, denjenigen, der sich bei Eingehung und bei Erfüllung von Verträgen in seinem geschäftlichen Interesse der Mitwirkung von Hilfspersonen bedient, für Verschulden dieser Personen haften zu lassen, weil, was er in seinem Interesse thue, auf seine Gefahr gehe. Das wurde namentlich für den Werkvertrag auf Grund l. 12 § 5, l. 25 § 7, l. 41 D. 19, 2 und für alle Fälle angenommen, wo die Herbeiführung eines gewissen Erfolges übernommen war. OHG. 13 S. 76 (Beschädigung von Gegenständen, die zur Ausführung des Werks dem Werkmeister übergeben, durch Schuld seiner Gehülfen). Anders OHG. 1 S. 254, wo der Lieferant einer Maschine dem Besteller derselben den Monteur nur zu stellen, das Montiren nicht selbst zu besorgen hatte. RG. 10 S. 165 (Schleppvertrag als opus); 33 S. 169 (Haftung dessen, der Verkauf von Waare übernommen, für den von ihm beauftragten Agenten); 37 S. 149 (Haftung dessen, der gewerbsmäßig eine versicherte Dreschmaschine verleiht, für Verschulden des Entleihers, durch das die Maschine verbrennt).

In weitem Maße wurde auf Grund der durch § 164 BGB. ersetzten Art. 52, 298 HGB. I die Haftung des Prinzipals für Verschulden des Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten in contr. und in contractu angenommen, OHG. 6 S. 464, 12 S. 108, 112; 15 S. 26, 26 S. 105, 109; RG. 1 S. 9, 30 S. 44, 49, endlich ebenso in weitem Maße die Verhaftung für die Vertreter von Vereinen, Genossenschaften, die geschäftsführenden Socien der offenen Handelsgesellschaft bei der Verwaltung des Vermögens und bei der Geschäftsführung. OHG. 25 S. 347. RG. 15 S. 121, 123; 17 S. 95, 20 S. 192, 32 S. 35, 46 S. 19.

Noch weiter ging C. c. art. 1384, der auf Verschulden in contractu ebenso zu beziehen ist, wie auf außerkontraktliche Beschädigung. Vgl. Bd. 1 S. 35, 36.

91. Das BGB. scheidet sehr bestimmt die Haftung für widerrechtliche Beschädigung Dritter durch Personen, die zu einem faktischen Verrichten bestellt sind, in Ausführung dieser Verrichtung, Seitens dessen, der die Person bestellt hat, Haftung für außerkontraktliche Beschädigung, §§ 831, 832, von dem Fall

der Haftung für Beschädigung des Gegners (Gläubigers) in Schuldverhältnissen (kontraktlichen oder gesetzlichen) durch Verschulden eines Dritten. § 278. Hier handelt es sich nur um den letzteren Fall. Der Grundsatz ist, daß der Schuldner das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters, und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten hat, wie eigenes Verschulden, wenn nicht die Haftung vertragsmäßig ausgeschlossen, § 276 Abs. 1, § 278 Satz 2, was der Vertreter für die Gehülfen, aber nicht für eigenen Vorsatz bedingen kann. Gesetzliche Vertreter sind der Vormund, der Inhaber der elterlichen Gewalt, der Pfleger, der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins, einer Stiftung. BGB. § 26 Abs. 2, §§ 86, 1626 ff., 1370, 1695, 1719, 1736, 1757, 1684, 1686, 1701, 1693, 1793, 1896, 1897, 1909 ff., 1915 (§§ 1628, 1794).

Der Vorstand rechtsfähiger Vereine, rechtsfähiger Stiftungen, die Willensorgane des Fiskus und der Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts machen nach §§ 31, 86, 89 die vertretene juristische Person für jeden Schaden verantwortlich, den sie durch eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen einem Dritten zufügen. Vgl. Bd. 1 S. 33. Das geht über den Inhalt des § 278 hinaus. Der gesetzliche Vertreter steht in § 278 nicht überall und in allen Beziehungen an der Stelle der vertretenen natürlichen Person, sondern nur soweit es sich um bestehende Schuldverhältnisse und um Verschulden bei Erfüllung von Verbindlichkeiten handelt. Hier verpflichtet er durch sein Handeln den Vertretenen allein, nicht sich; soweit sein Handeln zugleich unter §§ 823 ff. fällt, verpflichtet er sich. §§ 831 ff. In dem obigen Falle StrA. 75 S. 8 würde nach BGB. ebenso wie nach ALR. zu entscheiden sein. Aus § 278 läßt sich nicht herleiten, daß der Mündel oder sonstige Pflegling mit seinem Vermögen für unerlaubte, schädigende Handlungen des Vormunds (Pflegers) überhaupt haftet, die außerhalb der rechtsgeschäftlichen Vertretung liegen, zu derselben in keiner Beziehung stehen und etwa nur bei Gelegenheit der rechtsgeschäftlichen Vertretung begangen sind. Dagegen findet § 164 auf den gesetzlichen Vertreter Anwendung und die Haftung des Vertretenen für culpa in contractu des gesetzlichen Vertreters ist deshalb nicht ausgeschlossen. Vgl. das Nähere zu § 164 ff., Bd. 1 S. 257. RE. 1 Nr. 129.

Gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 278 ist nicht der Nachlaßverwalter, §§ 1984, 1985, der Konkursverwalter, § 6 KonkO., der Testamentsvollstrecker, §§ 2197 ff. für den sich dies aus § 2218 direkt ergiebt. Gesetzlichen Vertreter hat dagegen als juristische Person die Aktiengesellschaft, HGB. II §§ 231, 247, 268 Abs. 2, 298, die Genossenschaft, Genoss.Ges. §§ 24 ff., RG. 41 S. 56 (Haftung der Gen. für Nichtanmeldung des Austritts eines Genossen), die Gesellschaft m. b. H., Ges. v. 20. April 1892 §§ 15 ff., auf die neben § 278 auch § 31 Anwendung findet. Vgl. Bd. 1 S. 37. Die offene Handelsgesellschaft und die Gesellschaft hat keine gesetzlichen Vertreter; der vertretungsberechtigte Gesellschafter handelt immer auf Grund Auftrags ebenso wie der Prokurist, der Handlungsbevollmächtigte, der Bevollmächtigte. In diesen Fällen wirkt wie bei Prokura und Handlungsvollmacht die Vollmacht für das Einzelgeschäft oder den Kreis von Geschäften, für den sie gilt, so wie die gesetzliche Ermächtigung, auf der die gesetzliche Vertretung beruht. Vgl. Bd. 1 S. 257; RG. 15 S. 121. In gesetzlichen Schuldverhältnissen tritt der gesetzliche Vertreter an die Stelle des Vertretenen. In § 912 z. B. kann es nur auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des gesetzlichen Vertreters des minderjährigen, geisteskranken

Eigenthümers ankommen, wenn nicht der Eigenthümer selbst aus besonderen Umständen haftet, §§ 823, 812 ff. Dasselbe gilt aber auch in anderen Schuldverhältnissen, und wo das Gesetz die Haftung des Schuldners auf dilig. quam suis beschränkt, kann es nur auf die Person des gesetzlichen Vertreters ankommen.

92. Der Schuldner hat nach § 278 ferner wie eigenes Verschulden zu vertreten ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, wenn er sich nicht durch Vertrag von dieser Haftung befreit hat. § 278. Die Vorschrift findet entsprechende Anwendung in den Fällen des § 254 (Abs. 2 Satz 2), und im Falle des § 351 soll das nach § 278 zu vertretende Verschulden eines Anderen den Rücktritt ebenso ausschließen, wie das eigene Verschulden des Berechtigten, § 351 Satz 2. In § 664 (Abs. 1 Satz 3) und § 691 wird noch ausdrücklich gesagt, was sich von selbst verstanden haben würde, daß der Beauftragte und der Verwahrer für Verschulden eines Gehülfen haftet, für Verschulden eines befugten Substituten nicht, nur für Verschulden bei der Substituirung. War die Substituirung nicht erlaubt, so versteht sich die Haftung für den Substituirten von selbst, weil das Verschulden in der Substituirung liegt. Ebenso versteht sich von selbst, daß der für den Gehülfen bei Erfüllung der Verbindlichkeit haftet, der einen Gehülfen nicht zuziehen durfte, weil er persönlich zu leisten hatte, § 613. Die Haftung erstreckt sich in beiden Fällen auf allen mit der unbefugten Handlung in ursächlichem Zusammenhang stehenden Schaden. § 249, § 252.

Anders nach § 549 (581 Abs. 2) für Miethe und Pacht. Der Miether (Pächter) soll ohne Genehmigung des Vermiethers (Verpächters) die Sache nicht an einen Anderen vermiethen (verpachten) oder zum Gebrauch überlassen, haftet aber für Verschulden des Dritten beim Gebrauch selbst dann, wenn ihm die Uebertragung erlaubt war. Diese Vorschrift und Art. 95 Abs. 2 EG. sind nicht ohne Bedeutung für die Auslegung des § 278. Nach EG. Art. 95 Abs. 2 findet die Vorschrift des § 278 wie die des § 831 auf das Gesindedienstverhältniß Anwendung. Das soll bedeuten, daß der Dienstherr für Beschädigung Dritter durch das Gesinde nach § 831 haftet, vgl. Preuß. Ausf.-Ges. zu BGB. Art. 14 § 1 Abs. 2, und dem Gesinde gegenüber nach § 278 haftet. Es bedeutet zugleich, daß der Dienstherr für Verschulden des Gesindes haftet, dessen er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Hinzuzunehmen ist, um die vielfach zweifelhafte Tragweite des § 278 zu bestimmen, daß die Vorschrift bestimmt ist, die gemeinrechtliche Kontroverse in dem Sinne des Rechtssatzes zu entscheiden, daß, wer in seinem Interesse zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit sich Anderer bedient, dies auf seine Gefahr thut.

93. Zuziehung von Personen durch den Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit kommt in den verschiedensten Formen vor, in Form der Vollmacht und ohne Vollmacht; Auftrag muß immer vorliegen. RG. 43 S. 189. Scharf zuzusehen ist immer, ob die zugezogene Person zur Erfüllung eigener Verbindlichkeit oder dem Interesse des Gläubigers diente. §§ 269, 270. Beim Werkvertrage, §§ 631 ff., 635, 644, 645, auf den § 278 wie im bisherigen Recht an erster Stelle Anwendung findet, sind es die Leute des Unternehmers und alle Personen, deren er sich zur Ausführung des Werks bedient. Soweit er selbst aus dem Werkvertrage haftet, haftet er für Verschulden dieser Personen, also für Mängel des Werks, Untergang und

Verschlechterung des vom Besteller gelieferten Stoffs, § 644, Verspätung, wenn sie auch nur durch diese Personen verschuldet. Eine weitertragende Haftung kann aus § 278 nicht gefolgert werden. Was zur Leistung, zur Erfüllung der Verbindlichkeit, gehört, kann sich beim Werkvertrage wie in allen Fällen ganz verschieden gestalten und ist nur konkret zu finden. Hat der Unternehmer das Werk zu montiren, so ist die Montage so zu bewirken, daß nicht andere Sachen beschädigt werden, mit denen das Werk durch die Montage zu verbinden. Vgl. oben OHG. 13 S. 76, 1 S. 251. Soweit haftet auch der Lieferant aus dem Vertrage und aus § 278, aber nicht, wenn der Monteur die Gelegenheit benutzt und stiehlt, oder in der Trunkenheit außerhalb der Arbeit Schaden anrichtet, oder durch leichtsinniges Umgehen mit seiner Cigarre Brand stiftet, § 831.

Der Transportvertrag ist so zu erfüllen, daß das transportirte Gut beim Schleppvertrag das Schiff, nicht beschädigt wird. Oben RG. 10 S. 165; in StrA. 57 S. 120 ist für Preuß. R. verneint, daß die Gesellschaft, die den Schleppvertrag geschlossen, für das Verschulden des Führers ihres Schleppers hafte. Wer den Transport von Möbeln von einer Wohnung in die andere und die Aufstellung übernimmt, hat die Möbel unbeschädigt abzuliefern und aufzustellen, aber auch dafür einzustehen, daß bei der Arbeit nicht andere Sachen des Bestellers beschädigt werden. Das liegt innerhalb der konkreten Leistungspflicht. Werden Sachen des Hauswirths beschädigt, so haftet er diesem aus § 831 (nicht aus dem Vertrage). Aber aus dem Vertrage und aus § 278 würde der Transportunternehmer ohne die Vorschrift des § 431 HGB. II, vgl. § 458 HGB. II, § 26 des Binnenschiff-Ges., die weiter geht als der § 278 BGB., für Verschulden seiner Leute, das sich nicht als Verschulden in der Leistung (Erfüllung der Verbindlichkeit) darstellt, nicht haften. Wie in RG. 33 S. 169 nach gem. R. angenommen, würde auch nach § 278 der Kaufmann, der für einen Anderen den Verkauf von Waare im Namen des Anderen oder im eigenen Namen übernommen, für das Verschulden des Agenten haften, den er mit dem Verkauf beauftragt hat. In wieweit ein Agent in anderen Fällen im Sinne des § 278 als Gehülfe des Schuldners anzusehen, ist nur im einzelnen Falle zu entscheiden. Ueber die Frage, ob der Versicherungsagent Gehülfe (Vertreter) des Versicherten oder des Versicherers, vgl. RG. 46 S. 185 und die dort citirten RG. 27 S. 151, 39 S. 177.

Bei dem Werkvertrag ist der Grund der Haftung für den Gehülfen darin gegeben, daß, wer eine Leistung mit bestimmtem Erfolge übernimmt, von selbst für diesen Erfolg einzustehen übernimmt. Der Inhalt des § 278 geht aber weiter. Der Verkehr fordert, daß, wer durch einen Anderen oder mit dessen Hülfe, Zuthun, Mitwirkung zu leisten hat, mag die Mitwirkung nöthig oder nicht nöthig sein, worauf ALR. I 13 §§ 46—48 Gewicht legte, dem Gläubiger gegenüber diese Leistung als eigene zu vertreten hat, weil sie als seine eigene Leistung gelten soll und vom Gläubiger als solche hinzunehmen ist. Deshalb haftet nach § 278 der Verkäufer, der die noch nicht übergebene Sache zu übersenden, zu überbringen, auszuliefern hat, oder die Uebersendung, Ueberbringung selbst oder durch seine Leute übernommen hat, bis zur Uebergabe und Ablieferung für Verschulden der Personen, deren er sich zum Verwahren, Bewachen, Ueberbringen bedient, ferner der Verwahrer für die Personen, deren er sich zur Verwahrung bedient, ebenso Jeder, der eine Sache herauszugeben hat. Der Bankier, der seinem Kunden hinterlegtes Geld zu übersenden hat, hat es

nach der Verkehrssitte nicht selbst einzusiegeln und zur Post zu bringen, aber er haftet für den Handlungsgehülfen und Kassenboten, dessen er sich dafür bedient, und hat deshalb auch nach BGB. ebenso wie dies in RG. 23 S. 95 auf Grund § 48 I 13 ALR. angenommen, zu beweisen, daß der zur Post gegebene deklarirte Brief, der dem Adressaten spoliirt zugegangen, den deklarirten Betrag enthalten hat.

Auch nach BGB. haftet der Lieferant von Waare nach dem Auslande, der den Fabrikanten der Waare mit der Uebersendung und der Zolldeklaration beauftragt hat, dem ausländischen Zollspediteur, dem er die Verzollung der Spedition übertragen, für falsche Deklaration durch die Fabrik. RG. 26 S. 104. Der Verleger haftet dem Autor, wenn durch Verschulden in seinem Geschäft die vertragsmäßige Höhe der Auflage überschritten ist, RG. 12 S. 108, 112, der Notar, Rechtsanwalt dem Klienten für Geld, das er befugt an den Büreauvorsteher gezahlt und das dieser unterschlagen hat, auch wenn culpa in elig. oder cust. nicht vorliegt, vgl. RG. 14 S. 285, der Versicherte, der bei eignem Verschulden den Anspruch auf die Versicherungssumme vertragsmäßig verliert, für Verschulden dessen, dem er die versicherte Dreschmaschine, die zum gewerbsmäßigen Verleihen bestimmt war, verliehen hat, RG. 37 S. 149 (gem. R), der Schuldner, der vertragsmäßig die Löschung einer Hypothek in bestimmter Frist übernommen hat, für Verschulden des Notars, dem er die Herbeiführung der Löschung übertragen hat. RG. 41 S. 195. Der zum Empfang Bevollmächtigte ist Gehülfe bei Erfüllung einer Verbindlichkeit, nicht bloß bei Ausübung eines Rechts, wenn der Machtgeber zum Empfang verpflichtet, und immer, soweit der Machtgeber zur Quittung verpflichtet. Darum ist aber auch § 278 nicht anwendbar, wenn der Bevollmächtigte Geld annimmt, das der Machtgeber nicht gefordert und nicht zu fordern hat.

Eine andere Frage ist, ob nicht der, der einem Anderen Postvollmacht oder sonst allgemein Vollmacht zum Empfang aller Eingänge giebt, dem Dritten, der mit der Post einsendet und darauf vertrauen kann, daß die Post nur dem zum Empfang Berechtigten aushändigt, aus dem Empfange auch nach § 278 haftet. Vgl. RG. 29 S. 212, 35 S. 317. Aehnlich und zweifelhaft erscheint der Fall StrA. 44 S. 62. A hatte ohne vorherige Anfrage an das Geschäft des B rekommandirten Brief mit einem Wechsel zum Inkasso geschickt. Im Geschäft wurde durch Verschulden des mit Abholung der Postwerthsachen betrauten Gehülfen die Abholung des Briefs so verzögert, daß der Wechsel präjudizirte. Die Klage des A gegen B ist vom ObTr. abgewiesen, weil ein Auftragsverhältniß zwischen A und B, der erst nach der verspäteten Abholung des Briefs Kenntniß von dem Auftrage erhalten, nicht bestanden habe, § 85 I 13 ALR. deshalb nicht anwendbar. Auch für § 278 BGB. würde in Betracht kommen, daß der Auftrag dem B erst zugegangen war, als der Schaden durch die Präjudizirung des Wechsels nicht mehr zu verhindern war; in Frage würde kommen, ob B nach § 831 für das Verschulden des Geschäftsangestellten haftbar zu machen, ob namentlich der Auftrag als ihm rechtzeitig zugegangen anzusehen, weil er nur durch Verschulden des Angestellten nicht zugegangen, und inwieweit § 254 Abs. 2 anzuwenden. Vgl. den Fall in RG. 43 S. 159.

Wenn das BGB. § 618 dem Dienstberechtigten aus dem Dienstvertrage gewisse Fürsorgepflichten auferlegt, so haftet er aus dem Vertrage nach § 278 dem Dienstverpflichteten für das Verschulden derer, denen er diese Fürsorge überträgt, nach Art. 95 EG. Abs. 2 besonders auch dem Gesinde. Vgl. RG. 8 S. 199, 18 S. 176, 21 S. 170. ObTr. 37 S. 32, RE. 1 Nr. 129 Erk. c. Im Miethsverhältniß hat der

Miether aus dem Vertrage nicht bloß das Recht auf den vertragsmäßigen Gebrauch, sondern auch die mit dem Gebrauch verbundene Pflicht zu erfüllen, die Sache nicht vertragswidrig zu gebrauchen, nicht zu verändern und zu verschlechtern. BGB. §§ 553, 558. Nach § 278 haftet er wie in § 549 Abs. 2 dafür, daß diejenigen, die nach der Natur des Miethsvertrages mit ihm das Recht aus dem Vertrage ausüben, auch die damit verbundene Pflicht ausüben, d. h. für das Verschulden in Erfüllung dieser Verbindlichkeit durch die Angehörigen, das Gesinde, andere Hausgenossen, Logirbesuch, Gäste, daher aber auch für Verschulden arbeitender Handwerker oder des Musiklehrers oder des Bettlers u. a. nur aus § 831 oder gar nicht. Im StrA. 92 S. 75 (RE. 1 Nr. 129) hatte ein Herbergswirth sein Lokal an eine Gesellenkasse für die Versammlungen der Mitglieder vermiethet; bei einer solchen war Streit und Rauferei entstanden und das Lokal und Inventar demolirt. Das ObTr. hat den Vorstand der Gesellenkasse als Miether mit einer sehr fraglichen Begründung aus ALR. I 6 § 68; 21 §§ 442, 517 für haftbar erklärt. Nach BGB. würde § 278 zu demselben Ergebniß führen.

Ueber Haftung für Verschulden in Gesammtschuldverhältnissen vgl. §§ 425, 429.

94. Der Schuldner hat das Verschulden des Gehülfen nach § 278 in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden, also nie mehr, als eignes Verschulden. Wer nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet, haftet auch nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit durch Zuziehung eines Gehülfen und des Gehülfen, den er zuziehen durfte. Wer nur für dilig. quam suis haftet, haftet unbeschränkt für Verschulden durch Zuziehung eines Gehülfen, für den zugezogenen Gehülfen mindestens soweit, als er bei eignem Handeln gehaftet haben würde; ermäßigen kann der Schuldner seine Haftung durch Zuziehung eines Gehülfen nicht. Daß § 278 auf die Fälle, wo der Schuldner nur für grobe Fahrlässigkeit und dil. quam suis haftet, überhaupt nicht anwendbar, läßt sich aus § 278 nicht begründen. Vgl. §§ 690, 691 Satz 2, 3. Wenn der Schenker dem Beschenkten das förmlich versprochene Geschenk übersendet, haftet er nicht für vorsätzliche oder grob fahrlässige Beschädigung des Geschenkes durch den Ueberbringer, wenn der Beschenkte, was die Regel, das Geschenk sich zu holen hatte, weil in diesem Falle die Uebersendung neg. gestio für den Beschenkten, der Schenker ebenso nur für Auswahl haftet, wie der Lieferant einer Maschine, der nicht das Montiren, sondern nur die Stellung des Monteurs übernommen hat. Vgl. oben S. 104.

95. Eine weitergehende Haftung auch für fremdes Verschulden ist in §§ 701 ff. für das receptum enthalten, ferner in den oben bereits erwähnten §§ 431, 458, im § 485 (§ 486 Nr. 3) HGB. II (Frachtführer, Eisenbahn, Rheder) und im BinnenschiffGes. §§ 3, 26, 58, 59, 92; Flößereiges. § 22. Besonderer Natur sind die Vorschriften des Haftpflichtges. v. 7. Juni 1871 §§ 1, 2. Vgl. Unfall-Vers.Ges. v. 30. Juni 1900 §§ 135, 140.

96. Unmöglichkeit der Erfüllung (Leistung). Unvermögen. § 275, §§ 279—283 Ihering, Jahrb. 43 S. 105. RE. 1 Nr. 118, 119. Das BGB. scheidet wie das bisherige Recht sehr bestimmt die ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung, d. h. die Unmöglichkeit, die schon zur Zeit der Entstehung der Leistungspflicht bestand und nach dem Rechtssatz impossibilium nulla obligatio ein Schuldverhältniß nicht entstehen läßt, von der nachträglichen Unmöglichkeit der Erfüllung der entstandenen (unbedingten, unbetagten) Leistungs-

pflicht. Jene ist unter dem Titel von Begründung und Inhalt des Vertrages behandelt, §§ 305 ff, diese in §§ 275, 279 ff. Die Wirkung der Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen (synallagmatischen) Verträgen ist in den §§ 323 ff. geregelt. Dazu treten die Vorschriften bei der Wahlobligation. §§ 262 ff. Alle diese Vorschriften gelten auch für das Handelsrecht, das keine Spezialvorschriften giebt. (Ebenso StrA. 76 S. 253. OHG. 4 S. 172, 8 S. 284 für das frühere R.) Die Rechtssätze sind abgesehen von der Regelung bei gegenseitigen Verträgen die des gem. und Preuß. Rechts: Der Schuldner wird von der Leistungspflicht befreit, wenn die Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich wird, den er nicht zu vertreten hat. § 275. Hat er den Umstand zu vertreten, so tritt an die Stelle der ursprünglichen Leistungspflicht die Verpflichtung zur Leistung des Interesse aus dem Schuldverhältniß. § 280.

Die Unmöglichkeit der Leistung hat der Gläubiger zu beweisen, der das Interesse fordert; RG. 31 S. 184; daß er von der Leistungspflicht nach § 275 befreit, hat der Schuldner zu beweisen. § 282. RG. 10 S. 165, 167. In beiden Fällen, sowohl wenn der Schuldner den Umstand zu vertreten wie wenn er ihn nicht zu vertreten hat, kann der Gläubiger den Ersatz oder die Abtretung des Ersatzanspruchs fordern, der dem Schuldner aus Gesetz oder Rechtsverhältniß für die Leistungspflicht aus dem Umstande, der sie unmöglich gemacht hat, erwachsen ist, wogegen er sich aber auch auf seinen Interessenanspruch abrechnen lassen muß, was er so erhält. § 281 (§§ 255, 323 Abs. 2). Nach rechtskräftiger Verurtheilung des Schuldners zur Leistung kann der Gläubiger statt der Leistung, ohne zur Zwangsvollstreckung und zu dem Beweise der Unmöglichkeit der Erfüllung verpflichtet zu sein, das Interesse fordern, wenn er dem Schuldner zuvor eine angemessene Frist zur Leistung unter dem Präjudiz, er werde die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehnen, gestellt und der Schuldner in der Frist nicht geleistet hat. § 283. Der nachträglichen Unmöglichkeit steht das nachträglich eingetretene Unvermögen des Schuldners zur Leistung (anders bei dem ursprünglichen Unvermögen) gleich, aber Unvermögen ist bei Gattungsschuld Unmöglichkeit nur, wenn Leistung aus der Gattung unmöglich, d. h. die Gattung nicht mehr besteht. § 275 Abs. 2, § 279.

97. Unmöglichkeit der Erfüllung liegt vor, wenn die Erfüllung an sich, physisch oder rechtlich, und deshalb für Jeden unmöglich ist; Unvermögen des Schuldners, wenn die Erfüllung nicht absolut, nicht für Jeden, nur subjektiv für den Schuldner unmöglich ist. Beide Begriffe sind nicht abstrakter, sondern relativer Natur, relativ insofern die Natur des Vertrages im Allgemeinen und im einzelnen Falle bedeutsam werden kann. Physisch unmöglich ist die Lieferung einer verkauften Sache, wenn sie vor der Uebergabe völlig untergeht, verbrennt, sonst zerstört wird. Aber ein im Innern ausgebranntes, oder bis auf die Grundmauern durch Feuer zerstörtes Gebäude kann wieder aufgebaut werden, und doch ist der Verkäufer nicht verpflichtet, aufzubauen, weil er das abgebrannte Gebäude verkauft hat, nicht ein neues. Vgl. ObTr. 11 S. 239. Wenn auf dem verpachteten Gut die sämmtlichen Wirthschafts- und sonstigen Gebäude nach Abschluß des Vertrages, aber vor dem Tage des Beginns der Pacht abbrennen, so können die Gebäude wieder aufgebaut werden, der Verpächter ist sogar verpflichtet, während der Pachtzeit abgebrannte Gebäude wieder aufzubauen. Aber für den Pächter wird die Uebergabe des Pachtguts ohne Gebäude

keine Erfüllung des Vertrages sein und für den Verpächter kann der sofortige Wiederaufbau der Gebäude in dem früheren Zustande die Erfüllung des Vertrages zu etwas anderen machen, als der Vertrag voraussetzte. Vgl. RG. 47 S. 306.

Objektive Unmöglichkeit setzt regelmäßig dauernde Unmöglichkeit der Erfüllung voraus, aber der konkrete Vertrag kann auch die zeitweilige Unmöglichkeit zur objektiven machen. Das zeigt der vorstehend mitgetheilte Fall und RG. 42 S. 114. In diesem Falle hatte der Müller Mehl von seiner Mühle, das nur er fabrizirte, zur Lieferung in Theilraten vom Juni bis Oktober verkauft. Nach Lieferung der ersten Rate brannte die Mühle im Juli ab; sie konnte erst im Dezember wieder aufgebaut und in Betrieb gesetzt werden. Hier war möglicherweise für den Käufer die Lieferung im Dezember und Januar keine Lieferung mehr, weil sie für laufenden Bedarf bestimmt war und der Käufer sich hatte decken müssen. Der Käufer klagte aber auf Lieferung der ausstehenden Raten. Die Klage ist aus dem Gesichtspunkt der kasuellen Unmöglichkeit der Erfüllung abgewiesen, weil Unmöglichkeit nicht bloß vorliege, wenn sicher, daß sie nie, oder unsicher, wann sie geschehen könne, sondern auch dann, wenn sie zwar geschehen könne, aber zu einer Zeit, wo die Verspätung der Lieferung die Leistung für den Schuldner in Folge veränderter Konjunkturen, Preise u. a. zu einer anderen als der vertragsmäßig bedungenen mache. Anders lag ObTr. 62 S. 212 (StrA. 73 S. 311), wo A an B Rüböl verkauft hatte und gegen die Klage auf Erfüllung einwendete, daß seine Oelmühle abgebrannt sei, ohne Erfolg, weil nichts dafür vorlag, daß nur Fabrikat des A, eine species, Gegenstand des Vertrages war.

Beide Fälle würden nach BGB. nicht anders zu entscheiden sein, ebenso die folgenden: Wenn ein Lehrer zu bestimmtem Termine engagirt, vor dem Antritt die Lehrbefugniß verliert, liegt für beide Theile Unmöglichkeit bezw. Unvermögen der Erfüllung vor, die dadurch nicht wieder aufgehoben werden kann, daß dem Lehrer die Konzession später wieder ertheilt wird. l. 98 § 8 D. 46, 7. RG. 5 S. 278. Dieselbe relative Unmöglichkeit, weil spätere Erfüllung bei zeitweiliger Unterbrechung der Nichterfüllung gleichsteht, tritt ein, wenn im Laufe der auf Jahre geschlossenen Miethe der Miether ausziehen muß, weil das Haus wegen Baufälligkeit auf polizeiliche Anordnung geräumt und umgebaut werden muß, oder der Vermiether dem Miether im Laufe der Miethe auf Grund vollstreckbaren Urtheils exmittiren läßt, das Exmissionsurtheil demnächst aufgehoben und die Exmissionsklage abgewiesen wird. ObTr. 3 S. 15, StrA. 86 S. 159, oder wenn der Vermiether, nachdem der Miether ohne Grund die Wohnung verlassen, in derselben einen Umbau vornehmen läßt, währenddessen das Bewohnen nicht möglich ist. StrA. 89 S. 354. Im letzten Falle kann der Vermiether keine Miethe fordern, im ersten weder Vermiether noch Miether Wiederfortsetzung des Miethsverhältnisses nach vollendetem Umbau, im zweiten der Vermiether nicht fordern, daß der Miether wieder einzieht.

Relative Unmöglichkeit der Erfüllung liegt beim Leibgedingevertrage vor, wenn der Wirth den Auszügler so schlecht behandelt, daß diesem nicht zugemuthet werden kann, im Hause zu bleiben. Die Rechtsprechung gab dem Auszügler in solchem Falle die Interessеklage an Stelle der Naturalerfüllung, ObTr. 39 S. 74, StrA. 3 S. 325, 6 S. 103, und das Preuß. Ausf. Ges. z. BGB. Art. 15 § 5 Abs. 2, §§ 8, 9 giebt darüber jetzt gesetzliche Vorschriften, die dem BGB. entsprechen. Natürliche Unmöglichkeit kann ferner herbeigeführt werden durch Krieg, Absperrung, Ueberschwemmung. Rechtliche Unmöglichkeit der Erfüllung kann eintreten durch gesetz=

liches Verbot, Einfuhr-, Ausfuhrverbot, Konfiskation, Enteignung, Aufhebung eines Rechtsinstituts, StrA. 89 S. 263 (Aufhebung der Patrimonialgerichtsbarkeit) und andrerseits ObTr. 27 S. 26 (Aufhebung des Mahlzwanges, nachdem der Müller auf sein Recht gegen jährliche Rente verzichtet hat). Dahin kann auch gerechnet werden der Fall RG. 39 S. 167. A und B hatten einen Vertrag geschlossen, daß B im September 1895 mit einer Einlage von 12000 Mk. in das Geschäft des A als offener Gesellschafter eintreten solle und B war auch rechtskräftig verurtheilt, die Einlage an A zu zahlen. Vor der Vollstreckung verfiel A in Konkurs. Auf Klage des B ist gegen beide Instanzen die Vollstreckung des Urtheils für unzulässig erklärt, weil die Verpflichtung des B, eine Einlage an die Gesellschaft zu zahlen, nicht mehr erfüllbar, nachdem die Gesellschaft durch den Konkurs des A aufgelöst war oder nicht mehr zu Stande kommen konnte. Die Zahlung an den Verwalter im Konkurse des A wäre in Wahrheit keine Zahlung an die Gesellschaft oder in die Gesellschaftskasse gewesen. Bei Verschulden des B würde für A bezw. seine Kasse ein Schadensersatzanspruch entstanden sein, aber der Anspruch auf Einlage war erloschen.

Rechtlich unmöglich wurde die Erfüllung in RG. 32 S. 133, wo eine Privateisenbahnverwaltung einer Stadtgemeinde gegenüber sich verpflichtet hatte, bestimmte Züge an der Stadt halten zu lassen, die staatliche Eisenbahnaufsichtsbehörde später im öffentlichen Interesse andere Anordnung getroffen hatte.

98. Unvermögen im Sinne der Unmöglichkeit liegt vor, wenn das Hinderniß objektiv den Schuldner an der Erfüllung hindert, ohne die Erfüllung durch Andere objektiv auszuschließen. Deshalb steht, wenn nur der Schuldner erfüllen kann, weil er in Person leisten muß, § 267 Abs. 1, Unmöglichkeit und Unvermögen gleich. Und wenn das Hinderniß Alle trifft, ist auch in § 279 von Unvermögen nicht die Rede, sondern von Unmöglichkeit. Die Vorschrift des § 279 hat ihren Grund, und ihre Bedeutung erschöpft sich darin, daß, wenn aus einer Gattung geschuldet wird, an Stelle des Schuldners Jeder erfüllen kann, solange die Gattung besteht und Jedem zugänglich ist; darum soll auf das persönliche Unvermögen des Schuldners, d. h. darauf, daß ihm die Gattung nicht zugänglich ist, nicht zur Disposition steht, nichts ankommen. Das fällt fort, wenn objektive Hindernisse der Erfüllung auch für die Gattung eintreten. Krieg, Aus- und Einfuhrverbote u. a. schließen die Anwendung des § 279 bei genus ebenso aus wie bei species. Beispiele geben die oben mitgetheilten RG. 42 S. 114, wo es sich um species handelte, die Zerstörung der Mühle objektives Hinderniß war, und ObTr. 62 S. 112, wo es sich um genus handelte, die Zerstörung der Mühle die Lieferung aus dem genus nicht hinderte, und zwar auch für den Schuldner nicht hinderte. Bei Absperrung nur des Schuldners vom Verkehr z. B. durch Ueberschwemmung u. a. kann Unvermögen vorliegen, dauernder oder zeitweiliger Natur, je nach der konkreten Sachlage.

Unvermögen des Schuldners liegt vor, wenn er nachträglich das Verfügungsrecht über die Sache verliert, wenn er seine Legitimation zur Verfügung nicht beschaffen kann, RG. 22 S. 255, was aber regelmäßig ursprüngliches Unvermögen darstellen wird, wenn er die verkaufte Sache vor der Uebergabe anderweit veräußert und übergiebt, wenn die Sache ihm gestohlen wird oder er sie verliert, bei persönlichen Leistungen, wenn der Schuldner erkrankt, zur Armee eingezogen wird, bei

Leistungen, die der Schuldner nicht persönlich vorzunehmen, sondern durch Andere zu besorgen hat, dann, wenn dem Schuldner auch dies unmöglich gemacht wird. In Frage kommt dann, ob das Hinderniß von ihm zu vertreten ist. Arbeitseinstellung in der Fabrikationsstätte kann Unvermögen herbeiführen wie ein Brand, und eine allgemeine Arbeitseinstellung auf einem ganzen Arbeitsgebiet kann der objektiven Unmöglichkeit gleichstehendes Hinderniß schaffen; ob solch Unvermögen und solche Unmöglichkeit aber vom Schuldner zu vertreten, ist nur konkret zu finden. Vgl. RG. 28 S. 220 (Strike).

Konkurs bewirkt rechtliches Unvermögen, aber seine Folgen sind durch das Gesetz besonders geregelt. Vgl. StrA. 96 S. 182. Dasselbe gilt von der Zwangsversteigerung in Grundstücke. Vgl. Konk.O. §§ 17 ff., insbesondere § 19 Satz 3, § 26, aus denen sich ergiebt, daß der Konkurs als ein zu vertretendes Hinderniß der Erfüllung anzusehen. Bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken kommt in Frage, ob der Miether oder der Pächter, der in Folge Kündigung Seitens des Erstehers vorzeitig räumen muß, § 57 ZwVerstGes., Anspruch auf das Interesse gegen den Verpächter hat. Vgl. ObTr. 76 S. 307. Vgl. zu §§ 571 ff. BGB. Arrestschlag kann ein rechtliches Unvermögen herstellen, aber zu vertreten ist es immer, weil es immer abzuwenden. Vgl. StrA. 76 S. 253, wo der Gutsbesitzer, der Getreide verkauft hatte, auf die Erfüllungsklage einwendete, Hypothekengläubiger hätten seine sämmtlichen Vorräthe arrestirt.

Persönlicher Mangel an Geldmitteln zur Zahlung schuldiger Verbindlichkeit begründet nie Unmöglichkeit oder Unvermögen im Sinne des § 275, nicht sowohl aus der Vorschrift des § 279, der sich auf die besonders geregelten Geldverbindlichkeiten nicht bezieht, sondern weil der Verkehr darauf beruht, daß das allgemeine Tauschmittel stets und Jedem zur Disposition steht, und Zahlungsunvermögen und Zahlungsunfähigkeit ihre besondere gesetzliche Ordnung erhalten haben. l. 137 § 4 D. 45, 1.

99. Das ALR. behandelte im Anschluß an die Unmöglichkeit der Erfüllung die Aufhebung der Verträge in Folge veränderter Umstände in gewissem Sinne als einen singulären Fall von Unmöglichkeit von dem Gesichtspunkt aus, daß die **clausula rebus sic stantibus** in der Natur der Sache ihren guten Grund habe und dazu diene, die Unbilligkeiten zu heben, die aus dem unbegrenzten Bestehen auf Erfüllung und dem starren Prinzip der Unverbrüchlichkeit der Verträge entstehen können. I 5 §§ 377 ff.

Das BGB. hat die Frage mit Stillschweigen übergangen. Fremd ist ihm der Gedanke des ALR. nicht; er liegt dem § 242 mit zu Grunde. Sicher ist auch nach BGB., daß verfehlte Spekulation so wenig wie die Verfehlung des Vertragszwecks allein zum Fortfall der Erfüllungspflicht aus dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der Erfüllung führen können. Wenn ein Theaterunternehmer für sein Theater vor der Erlangung der Konzession einen Büreauchef für den 1. Juli engagirt, ihm die Konzession dann versagt wird, so kann er sich nach BGB. auf Unmöglichkeit der Erfüllung nicht berufen, um den Interessenanspruch abzuwenden. Da er zu einer Zeit engagirt hatte, wo er keine Konzession besaß, handelte er auf seine Gefahr und stand dafür ein, daß die Konzession ertheilt werden würde, wenn er nicht unter der Bedingung der Ertheilung abschloß. Sein Unvermögen stellt sich von Anfang an als vorhanden dar, nachdem die Ertheilung versagt wurde. Anders ist auch RG. 1

S. 109 nicht zu verstehen, wo Inventar zum Betriebe einer Restauration verkauft war, für deren Betrieb Konzession nöthig und später versagt wurde, so daß der Kauf seinen Zweck verfehlte. Hier ist die Rückforderung der Anzahlung auf Grund § 378 I 5 zugelassen, in der Hauptsache aber, weil aus dem Willen beider Kontrahenten und dem Inhalte des Vertrages die Abhängigkeit des Vertragsbestandes von der Ertheilung der Konzession angenommen wurde. So wäre die Entscheidung auch nach BGB. haltbar.

Noch anders lag der Fall in dem bedeutsamen RG. 22 S. 81, wo im April und Mai zur Lieferung im Oktober im freien Verkehr befindlicher Spiritus verkauft war, in der Folge das RGes. v. 24. Juni 1867 vom 1. Oktober ab den Spiritus ohne Nachsteuer nicht in den freien Verkehr ließ, der Käufer den Spiritus unversteuert nicht nehmen, der Verkäufer den Spiritus versteuert nicht liefern wollte, weil die Steuer mehr als den Kaufpreis betrug. Hier hat das Reichsgericht die Klage des Käufers auf Erfüllung auf Grund § 378 I 5 abgewiesen, weil durch den (unvorhergesehenen) Eintritt des Nachsteuergesetzes das Geschäft für den Verkäufer die Natur des Kaufes verliere, wenn er gezwungen, den Spiritus in Wahrheit ohne Aequivalent zu geben. Nach BGB. würde diese durch Recht und Billigkeit gebotene Entscheidung wohl aus dem Gesichtspunkt nachträglichen nicht zu vertretenden Unvermögens zu begründen sein. Das Eintreten des Gesetzes war ein nicht vorhersehbarer und nicht zu vertretender Zufall, mit dem im Verkehr nicht zu rechnen war und bewirkte, daß der Verkäufer im freien Verkehr befindlichen Spiritus in dem Sinne des Vertrags nicht liefern konnte. Von diesem Gesichtspunkte aus wird auch die Frage zu entscheiden sein, ob Unmöglichkeit und Unvermögen dadurch begründet wird, daß der Schuldner die Leistung nur mit unverhältnißmäßigen Opfern beschaffen kann. Das Verlangen der Leistung kann in solchem Falle gegen den Vertrag und gegen § 242 verstoßen.

100. Die Wirkung der nachträglichen Unmöglichkeit und des nachträglichen Unvermögens der Erfüllung ist für nicht gegenseitige Schuldverhältnisse in den §§ 275, 280, 281 geregelt. Der Schuldner wird wie nach gem. R. und ALR. frei, das Schuldverhältniß aufgehoben, wenn die Unmöglichkeit, das Unvermögen der Erfüllung in Folge eines Umstandes eintritt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, und der Umstand die Erfüllung überhaupt ausschließt. Vgl. § 323. Der Schuldner hat dann nur noch zu leisten, was § 281 ergiebt. Mit der Aufhebung des Schuldverhältnisses fällt der Anspruch auf Vertragsstrafe und Draufgabe, aus Pfand und Bürgschaft fort. Vgl. RG. 33 S. 219 (Vertragsstrafe). Die Klage auf Erfüllung ist ebenso wie auf das Interesse und wie die Vollstreckung eines Judikats auf unmöglich gewordene Leistung ausgeschlossen. Vgl. das oben erwähnte RG. 39 S. 167 (Aufhebung eines Judikats auf Einlage in eine Gesellschaft nach Eröffnung des Konkurses über einen Gesellschafter) und StrA 6 S. 16, RE. 1 Nr. 78 (Aufhebung eines Judikats auf die mathematisch unmögliche Gradelegung einer ausgebauchten Mauer).

Den Beweis der Aufhebung des Schuldverhältnisses durch die Unmöglichkeit der Leistung in Folge nicht zu vertretenden Umstandes hat der Klage auf Erfüllung gegenüber der Schuldner zu führen, § 282, d. h. er hat die Unmöglichkeit, das Unvermögen, den kausalen Umstand und daß er diesen nicht zu vertreten hat, zu beweisen; dazu genügt, wenn der Schuldner nur für Verschulden haftet, der Beweis, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet hat.

Der kausale Umstand, der die Erfüllung unmöglich macht, muß nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten sein; daß das Ereigniß seinen Grund vor der Entstehung des Schuldverhältnisses hat, hindert die Anwendung des § 275 nicht, führt nicht etwa dahin, daß das Schuldverhältniß als nicht entstanden anzusehen, kann aber von Bedeutung für die Frage der Vertretbarkeit sein, wenn Gläubiger oder Schuldner den Grund kannten, das kausale Ereigniß voraussehen konnten. Bolze 9 Nr. 119 (Zufall, der vorausgesehen werden konnte). RG. 47 S. 297.

Von selbst versteht sich und folgt auch direkt aus § 275, daß, wenn das Ereigniß die Erfüllung nur theilweise unmöglich macht, der Schuldner auch nur für diesen Theil befreit wird, leisten muß, was übrig geblieben ist. Dabei kommt Quantum und Qualität des Gegenstandes der Leistung besonders in Betracht. Von theilweiser Unmöglichkeit im Sinne des § 275 kann nicht geredet werden, wenn nur die Leistung zur rechten Zeit unmöglich wird; hat der Schuldner dies nicht zu vertreten, so wird er nach § 285 nur von den Folgen des Verzugs frei, oder es liegt vollständige Unmöglichkeit vor, wenn die Zeit der Erfüllung nach der Natur des Schuldverhältnisses so wesentlich, daß Leistung nachher nicht zu verlangen ist. § 286. Von besonderer Bedeutung ist die Frage der theilweisen Unmöglichkeit bei den gegenseitigen Verträgen. Vgl. zu §§ 323 ff. Dasselbe gilt, wo die Unmöglichkeit der Erfüllung den Ort der Leistung betrifft; solche Unmöglichkeit kann die Leistung an einem anderen Orte übrig lassen, dann ist von Unmöglichkeit nicht zu reden, oder der Ort ist so wesentlicher Inhalt der Leistung, daß er nicht ersetzt werden kann und dann liegt vollständige Unmöglichkeit vor.

101. Wenn der Schuldner die Unmöglichkeit der Erfüllung oder sein Unvermögen zur Erfüllung zu vertreten hat, tritt wie nach gem. R. und ALR. an die Stelle der geschuldeten Leistung die Leistung des Interesse, § 280. Der Anspruch auf das Interesse ist Anspruch aus dem Schuldverhältniß, das nicht wie im Falle des § 275 aufgehoben wird. Vgl. § 325. Deshalb dauert die Haftung aus Bürgschaft und Pfand für das Interesse fort, §§ 767, 1210 BGB., RG. 10 S. 184, und die Aenderung des Klageantrages auf Erfüllung in den auf das Interesse ist nicht Klageänderung. CPO. § 268. Vgl. zu §§ 249 ff. Die Klage auf Erfüllung wird auch hier durch den Nachweis der Unmöglichkeit, des Unvermögens, beseitigt; die Klage auf das Interesse setzt den Nachweis der Unmöglichkeit oder des Unvermögens voraus; der Schuldner hat den Beweis seiner Befreiung durch den Nachweis zu führen, daß er Unmöglichkeit oder Unvermögen nicht zu vertreten hat. § 282. Ob Unmöglichkeit, Unvermögen vorliegt, ist vielfach nur konkret zu ermessen, entsprechend der Relativität des Begriffs. Wenn der Verkäufer das verkaufte Grundstück nachträglich anderweit veräußert und aufgelassen hat, so kann er die Klage auf das Interesse nicht einfach durch den Hinweis darauf beseitigen, daß er das Grundstück wieder kaufen könne. RG. 31 S. 184 (gem. R.), 47 S. 297, 302 (Preuß. R.). Aehnlich RG. 32 S. 131 (gem. R.). Dem Käufer, dem das Grundstück übergeben, aber nicht aufgelassen, weil der Verkäufer seine Legitimation nicht führen kann, kann der auf das Interesse beklagte Verkäufer nicht einfach entgegensetzen, daß die Legitimationsführung nicht unmöglich sei. RG. 22 S. 255. Vgl. RG. 10 S. 176.

In StrA. 92 S. 206 hatte A in seinem Hause eine Wohnung an B vermiethet, das Haus dann verkauft. Das ObTr. hat die Klage auf Immission zu-

gelassen, weil der Verkauf die Einräumung der Wohnung Seitens des A durch Vermittelung des Käufers nicht unmöglich mache. Das kann konkret richtig sein, fällt aber fort, wenn A beweist, daß der Käufer weder verpflichtet, noch willens, die Wohnung einzuräumen. Und der Klage des B gegen A auf das Interesse, weil er eine andre Wohnung zu miethen genöthigt, kann A nur durch die Berufung darauf begegnen, daß er den Käufer zur Einräumung der Wohnung verpflichtet, derselbe auch dazu bereit gewesen sei. In RG. 41 S. 100 hatte A sich verpflichtet, für bestimmte Zeit für seine Kalkwerke den Bedarf an Kalk von B zu entnehmen, während B sich zur Lieferung von Kohlen für die Kalkwerke verpflichtet hatte. In diesem Falle konnte A sich durch den Verkauf der Kalkwerke so wenig von seiner Verpflichtung befreien, wie B sich auf den Verkauf der Werke als Grund für die Nichtlieferung der Kohlen berufen konnte. Ebenso ObTr. in StrA. 24 S. 301 für einen ähnlichen Fall.

Ueber den Verfall und die Anrechnung der Draufgabe bestimmt § 338.

102. Theilweise Unmöglichkeit und theilweises Unvermögen der Erfüllung läßt hier den Anspruch aus dem Vertrage auf Erfüllung, soweit sie noch möglich, neben dem Anspruch auf das Interesse, soweit sie nicht möglich, bestehen. § 280 Abs. 2. Beides zusammen ist vollständige Erfüllung im Sinn § 266. Nur wenn die mögliche theilweise Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse hat, d. h. keine Erfüllung darstellt, vgl. zu §§ 284 ff., was er darlegen muß, kann er theilweise Erfüllung ablehnen und das Interesse wegen Nichterfüllung des Ganzen fordern. Vgl. zu §§ 323 ff. und zu § 361. Das gilt auch, wenn ein Theil der Leistung in Erwartung der ganzen Leistung bereits angenommen, die Forderung bezüglich des Theils also nicht als getilgt anzusehen war. In allen Fällen der Forderung des ganzen Interesse sollen nach Satz 2 Abs. 1 § 280 die §§ 346—356 über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht zur Anwendung kommen. D. h. die Ablehnung der theilweisen Erfüllung wird rechtlich als Rücktrittserklärung behandelt, ist deshalb dem anderen Theil gegenüber zu erklären, §§ 349, 130, der Schuldner kann dem Gläubiger eine angemessene Frist für die Erklärung setzen wie nach § 355, die empfangene Theilleistung muß gemäß § 354 (§§ 350, 351—353) zurückgewährt werden. Erfolgt die Rückgewähr nicht und hat der Gläubiger dies zu vertreten, §§ 350, 351—353, so bleibt dem Gläubiger nur der Anspruch auf das Interesse wegen der unmöglichen Restleistung. § 351. Auch die §§ 347 (§§ 989 ff.), 348 (§§ 320, 322), § 356 finden Anwendung. Vgl. auch zu §§ 323 ff.

103. Welche Umstände der Schuldner zu vertreten hat, ergiebt sich aus der Natur des Schuldverhältnisses, den §§ 276, 277, 278, 279 und den obigen Erörterungen zu diesen §§. Danach hat der Schuldner nicht bloß eigenes Verschulden und das seiner gesetzlichen Vertreter und seiner Gehülfen zu vertreten, sondern unter Umständen aus Gesetz, in Folge Verzugs und aus dem Vertrage auch den Zufall, von seinem Willen unabhängige Ereignisse. Führt der Gläubiger selbst die Unmöglichkeit (das Unvermögen) herbei, so ist von Vertretung des Umstandes natürlich nicht die Rede. Eigenes verantwortliches Handeln vertritt der Schuldner stets, so Handeln in irrthümlicher Selbervertheidigung, §§ 227, 229, Selbstmord, wenn nicht in Geistesstörung verübt. Vgl. RG. 39 S. 188 zu §§ 1298 ff. (Verlöbniß). Ueber das periculum bei gegenseitigen Verträgen, bei denen es sich nicht um Haftung für Schaden oder Unmöglichkeit handelt, sondern um das Verhältniß einer

Person zu einem zufälligen Schaden, der den Vertragsgegenstand betrifft, daß sie keinen Ersatz dafür erhält, vgl. zu § 446.

104. Stellvertretendes commodum. Surrogation. § 281. Vgl. § 255, § 323 Abs. 2. l. 35 § 4 D. 18, 1. SBGB. § 960. C. c. art. 1302, 1303. W. 2 § 264 Nr. 6, § 327 Nr. 9. D. P. 2 § 23. Schollmeyer, Kommentar zu § 281. Daß der Erbe oder Geschenkversprecher, der durch den Untergang, die Zerstörung, die Entwendung, die Enteignung der legirten oder geschenkten Sache von seiner Verpflichtung befreit wird, dem Legatar, dem Beschenkten an Stelle der Sache den Anspruch auf die Brandversicherungssumme, die Enteignungsentschädigung, auf Schadensersatz gegen den Dieb oder Beschädiger zu überlassen hat, ist billig und gerecht, ebenso auch, daß der Erbe das herausgiebt, was er aus dem Verkaufe der legirten Sache gezogen hat.

Das BGB. giebt dem Berechtigten in allen Schuldverhältnissen allgemein diese Ansprüche des Schuldners im Falle des § 275 und des § 280, im Falle des § 280 neben dem Anspruch auf das Interesse, wobei sich aber von selbst versteht, daß der Berechtigte sich auf das Interesse anrechnen lassen muß, was er aus dem Ersatzanspruch wirklich erhalten hat. § 281 Abs. 2, § 323 Abs. 2. Voraussetzung ist in beiden Fällen, daß ein verbindliches Schuldverhältniß entstanden und daß der Ersatzanspruch dem Schuldner in Folge desselben Ereignisses erwachsen ist, durch welches nach der Entstehung des Schuldverhältnisses die Erfüllung unmöglich, der Schuldner zur Erfüllung unvermögend geworden ist. Danach ist § 281 in den Fällen ursprünglicher Unmöglichkeit und ursprünglichen Unvermögens nicht anwendbar, z. B. wenn das verkaufte, versicherte Grundstück zur Zeit des Verkaufs bereits abgebrannt war. Von selbst versteht sich, daß der Ersatzanspruch, den der Schuldner nach § 281 abzutreten hat, abtretbar sein muß, §§ 399, 400, und daß der Berechtigte keinen Anspruch auf eine Entschädigung hat, die der Schuldner nicht zur freien Verfügung erhält (Brandentschädigung zum Wiederaufbau). Wie nach dem Preuß. EnteignGes. § 45 der Miether aus der Enteignungssumme zu entschädigen ist, wenn eine besondere Entschädigung für ihn nicht festgestellt ist, so ist auch in den Fällen des § 281 der Wohnungsberechtigte für das Recht als Gegenstand der Leistung zu entschädigen. Das Gleiche gilt von der Miethe, § 323 Abs. 2.

Der Gläubiger kann nach § 281 Abs. 2 den Anspruch auf den Ersatz oder den Ersatzanspruch so lange geltend machen, als er nicht wegen seines Interesseanspruchs befriedigt ist, er müßte denn auf den Ersatzanspruch verzichtet haben. Verlangt er vom Schuldner Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder die Abtretung des Ersatzanspruchs, so kann darin allein nicht Verzicht auf die Interesseforderung gefunden werden. Das Recht auf den erlangten Ersatz und auf Abtretung des Ersatzanspruchs ist ein persönliches Recht des Gläubigers aus dem Schuldverhältniß, für das im Konkurse des Schuldners weder ein Aussonderungs- noch ein Absonderungsrecht besteht, da der Ersatz und der Ersatzanspruch zum Vermögen des Schuldners gehört. Der Schuldner kann über den Ersatzanspruch bis zur Abtretung oder der Beschlagnahme wirksam verfügen. Das Prinzip des § 281 ist von wesentlichem Werth für den Gläubiger danach nur im Falle des § 275, insofern es ihm an Stelle des verlorenen Anspruchs einen anderen giebt; im Falle des § 280, wo der Gläubiger einen Interesseanspruch hat, wegen dessen er auch ohne § 281 den Ersatz und den Ersatzanspruch zum Gegenstand seiner Befriedigung machen kann, ist

§ 281 für den Gläubiger von Werth, weil er ihn von der Nothwendigkeit befreit, den Betrag seines Interesses zu beweisen. Auch für die Anfechtung im Konkurse und außerhalb desselben ist erheblich, daß der Gläubiger ein Recht auf Befriedigung durch die Abtretung des Ersatzanspruchs hat.

105. § 283. Ist der Schuldner rechtskräftig zu einer Leistung verurtheilt, die nicht in Geld besteht, so kann der Gläubiger nach CPO. § 893 sein Interesse fordern, wenn der Schuldner nicht leistet, nach § 280 aber nur unter der Voraussetzung des Beweises, daß der Schuldner nicht erfüllen kann. Vgl. RG. 10 S. 177, 22 S. 256. Der § 283 erleichtert dem Gläubiger die Interesseforderung, indem er ihm auf Grund des rechtskräftigen Judikats die Befugniß giebt, dem Schuldner gemäß §§ 130, 132 eine angemessene Frist zur Erfüllung zu stellen unter dem Präjudiz, daß er nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Annahme der Erfüllung ablehne. Nach CPO. § 255 kann die Frist schon im Urtheil bestimmt werden. Nach Ablauf der Frist kann ohne Weiteres, ohne vorherige Zwangsvollstreckung und ohne den Nachweis der Unmöglichkeit, auf das Interesse geklagt werden. Der Schuldner kann der Klage gegenüber nur noch vorbringen, daß er die Erfüllung in angemessener Frist dem Gläubiger ohne Erfolg angeboten habe, oder daß ihm die Erfüllung in der Frist unmöglich geworden sei, ohne daß er dies zu vertreten habe, §§ 276—279, wobei zu beachten, daß der Schuldner den im § 287 zugelassenen Beweis führen muß, wenn er, was regelmäßig der Fall sein wird, im Verzuge ist. Darauf, daß die Judikatleistung vor dem Judikat ihm unmöglich gewesen oder geworden, kann sich der Schuldner nun nicht mehr berufen. Mit dem Ablaufe der Frist tritt die Interesseforderung nach dem Gesetz an die Stelle der Erfüllung.

Theilweise Erfüllung braucht der Gläubiger in der Frist nicht anzunehmen, § 266. Nimmt er sie an, so hat er nach Abs. 2 § 283 wie in § 280 immer noch das Recht, auf das Interesse wegen vollständiger Nichterfüllung zu klagen mit dem Nachweise, daß die theilweise Erfüllung kein Interesse für ihn habe.

XI. Verzug des Schuldners. mora debitoris. E. I §§ 245ff. II §§ 240ff. III §§ 278ff. ALR. I 16 §§ 15ff., 54, 56, 64—71. SBGB. §§ 733ff. C. c. art. 1138, 1139ff., 1240. art. 1302, 1378, 1379. — W. 2 §§ 276—281. D. P. 2 §§ 40—42. Pr. Pr. 2 §§ 71, 72; D. BR. 2 §§ 71, 72, 73. Eccius 1 § 105. RE. 3 Nr. 260a. Grützmann 2 § 132. Z-Cr. 2 §§ 287, 288, 311. Cr. 2 §§ 15, 16, 18. Endemann 1 §§ 137, 138. Cosack 1 § 105.

106. Die §§ 284, 285 bestimmen Begriff und Voraussetzung des Verzugs für alle Schuldverhältnisse, mögen sie auf Rechtsgeschäft, unerlaubter Handlung, Haben ohne Grund oder irgend einer anderen causa (Familienstand, Gesetz) beruhen, auch für das Schuldverhältniß zwischen Eigenthümer (Erben) und Besitzer (Erbschaftsbesitzer). §§ 990 Abs. 2, 931, 2024. C. c. art. 1138. Nachdem Art. 288, 354 bis 356, 358, 359 HGB. I im HGB. II gestrichen, gilt das BGB. unbeschränkt auch für das Gebiet des Handelsrechts. Bei Schuldverhältnissen auf ein Unterlassen, § 241 Satz 2, ist von Verzug nicht zu reden; Verzug im Unterlassen ist Zuwiderhandeln, d. h. nicht bloß Unterlassen der Leistung, § 284, sondern Beseitigung der Leistung. § 287.

Das RGes. v. 16. Mai 1894 (RGBl. S. 450) betr. die Abzahlungsgeschäfte

enthält eine Reihe von Vorschriften gegen Abreden über die Wirkung von Nichterfüllung und Verzug. Diese Vorschriften sind nach Art. 32 EG. z. BGB. unberührt geblieben.

107. Voraussetzung des Verzugs ist, daß eine klagbare, fällige Forderung noch besteht, § 389, RG. 6 S. 316, und Mahnung. Der Gläubiger muß fordern können und fordern. Der Mahnung bedarf es nur nicht, wenn die Leistungszeit nach dem Kalender (1. Mai) bestimmt ist oder durch vertragsmäßige oder gesetzlich bestimmte Kündigung kalendermäßig bestimmbar und durch die Kündigung kalendermäßig bestimmt ist. (Darlehn rückzahlbar drei Monate nach Kündigung.) Damit ist der im gem. R. durch Gewohnheit, im Preuß. R. und SBGB., nicht aber im C. c. gesetzlich anerkannte Satz: dies interpellat pro homine recipirt. § 284 Abs. 2. Vgl. StrA. 61 S. 5. Seuff. Arch. 10 Nr. 144. Und wer dem Eigenthümer oder Besitzer die Sache durch unerlaubte, strafbare Handlung oder verbotene Eigenmacht entzogen hat, ist von der Besitzentsetzung ab in mora. §§ 848, 992, 2025. fur semper in mora. Vgl. § 819. C. c. art. 1302, 1378, 1379.

108. Mahnung ist die erkennbare Aeußerung des Willens, die Leistung zu fordern, ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft im Sinn §§ 130ff. BGB. Vgl. Bd. 1 S. 100ff., S. 122, 123. Einer Form bedarf sie, abweichend vom französ. R., nicht; sie kann mündlich, schriftlich, selbst stillschweigend erfolgen. §§ 130, 180. Bolze 7 Nr. 459. Durch Vertrag kann die Form erschwert und erleichtert werden. Bedingte Mahnung ist regelmäßig keine Mahnung; aber Mahnung mit gleichzeitiger Stundung ist gewiß zulässig, ebenso wie Mahnung mit dem Erbieten, bei Sicherheitsleistung nicht auf der Zahlung bestehen zu wollen. Die Bedingung darf nur nicht unsicher lassen, ob und wann Zahlung gefordert wird. Stillschweigend liegt z. B. da, wo Zug um Zug zu leisten, im Anbieten der Leistung die Forderung der Gegenleistung. Vgl. § 641. OHG. 15 S. 55. Der im HGB. II gestrichene Art. 288 Abs. 2 HGB. I bestimmte ausdrücklich, daß Uebersendung der Rechnung für sich allein nicht als Mahnung gelte; der § 685 II 8 ALR. sollte dadurch beseitigt werden, weil im Leben und Verkehr die Uebersendung einer Rechnung nicht immer als Forderung gilt. Sie kann aber konkret die Bedeutung der Mahnung haben, z. B., wenn bei der Lieferung erklärt, daß nach Uebersendung der Rechnung zu zahlen, ferner, wenn sie wiederholt geschieht, und Uebersendung quittirter Rechnung enthält stets das Verlangen der Zahlung. Auch das BGB. hat deshalb eine dem Art. 288 Abs. 2 HGB. I entsprechende Vorschrift absichtlich nicht aufgenommen.

Die erkennbarste Form der Forderung ist die Klageerhebung (Zustellung der Widerklage) auf Leistung (nicht auf Feststellung), der die Zustellung des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleichsteht. Von der Ladung zur Sühne, CPO. § 510 (§ 471), kann dies nicht gelten; es steht dahin, ob der Forderungsberechtigte nicht bloß Feststellung der Forderung und von Zahlungsmodalitäten will; kommt es nach § 510 Abs. 2 Satz 2 zur Klageerhebung, so wirkt diese als Klage. Verfrühte Klage ist wie Mahnung vor Fälligkeit zu behandeln, auch wo die Klage vor Fälligkeit zugelassen. CPO. §§ 257—259. Verzug tritt erst ein, wenn der Rechtsstreit nach der Fälligkeit fortgesetzt wird. Vgl. RG. 8 S. 415. Bolze 8 Nr. 972 (Fälligkeit in der Revisionsinstanz bedeutungslos). Aufrechnen ist nicht mahnen.

109. Mahnen kann mit Wirkung nur, wer fordern kann und soweit er fordern

kann. Wirkungslos ist wie bisher Mahnung vor der Fälligkeit, § 284 Abs. 1 Satz 1, OHG. 5 S. 182, 7 S. 387, 16 S. 421, Mahnung durch den, der über die Forderung zu verfügen nicht berechtigt ist, §§ 111, 112, 114; §§ 420, 428, 744, 745, 747, 2039, Mahnung durch den, der zwar berechtigt ist, sich aber nicht legitimirt, wenn die Legitimation gefordert werden kann und der Mahnung deshalb widersprochen wird. Vgl. zu § 174 Bd. 1 S. 261, (Mahnung durch Bevollmächtigten), § 410 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 (durch Cessionar), StrA. 62 S. 142, § 1160 Abs. 2 (durch Hypothekar). Für Mahnung durch Geschäftsführer ohne Auftrag ist § 180 entscheidend.

Ueber den nothwendigen Inhalt der Mahnung sagt das BGB. nichts. Die Kontroverse über die Bedeutung der plus petitio bei der Mahnung läßt sich durch einen abstrakten Rechtssatz nicht entscheiden. Geringfügige Mehrforderung ist nach § 320 Absatz 2 bedeutungslos. l. 91 § 3 D. 45, 1. RG. 14 S. 106, 108. Auch sonst ist immer zu prüfen, ob auch die richtige Mahnung nicht gefruchtet haben würde und wie sich der Schuldner der Mahnung gegenüber verhalten hat. RG. 9 S. 136, 141. Seuff. Arch. 32 Nr. 309. RE. 3 Nr. 260a S. 56. Sicher ist nur, daß Forderung vor der Zeit, Forderung der Leistung ohne Vorleistung, § 320, Forderung der Leistung ohne Gegenleistung, wo Zug um Zug zu leisten, Forderung zu bringen, wo geholt werden muß, Forderung für eine Theillieferung, wo nur gegen die Lieferung des Ganzen zu zahlen, Forderung eines aliud überhaupt, OHG. 9 S. 271, 16 S. 200, 18 S. 276, Seuff. Arch. 32 Nr. 309, den ablehnenden Schuldner nicht in Verzug setzt, auch wenn die Mahnung durch Klage erfolgt. Bei Mahnung durch Klage ist, wenn die Klage als unsubstantiirte abgewiesen, konkret zu prüfen, ob damit die Wirkung der Klage als Mahnung fortfällt. RE. 3 Nr. 260a S. 55. StrA. 50 S. 309. RG. 2 S. 176.

110. Mit Wirkung gemahnt werden kann nur der Schuldner, der mit Wirkung leisten kann, also nicht z. B. der minderjährige Schuldner, § 131, der Nichtbevollmächtigte nach Maßgabe § 180 Satz 3. Bei Gesammtschuldnern wirkt die Mahnung nach § 425 Abs. 2 nur gegen den, der gemahnt ist. Wiederholung der Mahnung ist nie erforderlich, wenn eine berechtigte Mahnung erfolgt ist. Damit hängt zusammen, daß die Holschuld nach gehöriger Mahnung (Protest beim Wechsel) sich in Bringschuld verwandelt.

111. dies interpellat pro homine. § 284 Abs. 2. Der dem franz. R. unbekannte Satz hat seine innere Berechtigung nur, wenn die Erfüllungszeit so bestimmt ist, daß die Mahnung dadurch ersetzt wird. SBGB. § 736. OHG. 14 S. 33. Darauf beruht § 281 Abs. 2. Nach dem Kalender bestimmt ist die Zeit bei Kalendertag, bei Fristen a dato oder nach Kündigung (nach drei Monaten nach einem, einem halben, einem viertel Jahr, nach einem Monat, §§ 188, 189), weil, was das Gesetz unter solcher Fristbestimmung versteht, Jeder versteht. An welchem Kalendertage zu leisten, bleibt dagegen trotz §§ 186 ff. unsicher bei Bestimmungen wie: Anfang, Mitte, Ende d. M., d. J., die verschiedener Auslegung fähig sind. Seuff. Arch. 36 Nr. 18. Ebenso genügt nicht: Ostern, Weihnachten, sofort (vgl. § 271 Abs. 1), in den ersten Tagen (OHG. 14 S. 33), auch nicht „in der Zeit von . . . bis . . .“ (StrA. 13 S. 22). Ebensowenig genügt hier für den dies certus die Bezugnahme auf einen dies certus quando, incertus an, z. B. „Tag der Heirath, der Volljährigkeit“. Nach ALR. I 16 § 68 trat bei bedingter Schuld mit

dem Eintritt der Bedingung der Verzug ein. ObTr. 67 S. 50. Das BGB. hat dies beseitigt.

112. Der Fälligkeit und der Mahnung oder dem dies muß hinzutreten, daß die Leistung ganz oder theilweise durch Verschulden des Schuldners unterbleibt. Mangelhafte Leistung begründet Anspruch aus der Gewährsleistung, nicht aus dem Verzuge. §§ 459ff. RG. 6 S. 189. OHG. 2 S. 409, 4 S. 181, 5 S. 95, 6 S. 267, 7 S. 112, 284; 11 S. 26. Ueber das Erforderniß des Verschuldens, das gemeinrechtlich kontrovers, läßt § 285 keinen Zweifel mehr. Das ObTr., OHG., RG. hatten bereits besonders bei Anwendung der Art. 354ff. HGB. I auch für gem. R. konstant daran festgehalten, daß dem Verzuge begrifflich das Moment der Verschuldung innewohne. ObTr. 62 S. 212 (StrA. 73 S. 311), StrA. 61 S. 325. RE. 3 Nr. 260a Erk. d. OHG. 8 S. 284, 285. RG. 28 S. 221. Der konsequent durchgeführte Standpunkt des BGB. erhellt namentlich aus § 291 (Verzinsung von der Rechtshängigkeit ab ohne Verzug) und aus der strengen Scheidung der Wirkungen der Rechtshängigkeit und des Verzuges in den §§ 292, 990 Abs. 2, 2024. An die Rechtshängigkeit werden bestimmte Folgen geknüpft, die weitergehenden Ansprüche aus dem Verzuge vorbehalten. Selbst bei dem unredlichen Besitzer zieht die Klageerhebung die Hauptwirkung des Verzuges, die Haftung für den Zufall, § 287, nicht nach sich. § 990 Abs. 1, §§ 987, 989, 2024. Nur wer eine Sache einem Anderen durch eine unerlaubte Handlung entzogen hat, § 848, wer den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder eine strafbare Handlung erlangt hat, §§ 992, 2028, wird dadurch, daß er von Anfang an für Zufall haftet, stets als im Verzuge befindlich behandelt.

113. Das Moment der Verschuldung liegt darin, daß der Schuldner nicht leistet, obwohl er leisten muß und das weiß oder wissen muß, und nicht leistet, obwohl er leisten kann, d. h. die Leistung willkürlich und rechtswidrig unterläßt. Verschulden und Verzug fällt fort, wenn der Schuldner (auch nach Mahnung, Klage, dies) **a.** unverschuldet nicht weiß, daß er zu leisten, oder an den Fordernden zu leisten, oder jetzt oder was er zu leisten hat. RG. 36 S. 41, 43 (berechtigte Zweifel über die Schuld). StrA. 61 S. 325, 88 S. 320. RE. 3 Nr. 260a Erk. d. ObTr. 73 S. 57, RE. 3 Nr. 295 Erk. c, wo der Verkäufer (Vermiether) dem Käufer (Miether) erklärt hatte, es komme ihm nicht darauf an, daß an dem im Vertrage bestimmten Tage gezahlt werde, wenn nur binnen zwei Tagen nachher gezahlt werde. Der Gläubiger kann Verzug auch aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben, §§ 242, 159, nicht behaupten, wenn er die Nichtleistung selbst herbeiführt, oder sich nicht zum Empfang der Leistung legitimirt, oder zur Feststellung des Schuldbetrages nicht mitwirkt, zu der er vertragsmäßig mitzuwirken hat, z. B. den Preis für Arbeiten nicht stellt, die er ohne Preisabrede geleistet hat. StrA. 2 S. 312, 17 S. 66, 88 S. 318, 77 S. 121, 53 S. 37. Vgl. auch ObTr. 41 S. 30. (StrA. 33 S. 311.) RE. 1 Nr. 97 (98) Erk. d.

Bei außerkontraktlichen Schuldverhältnissen, insbesondere dem Schuldverhältniß zwischen Eigenthümer oder besser Berechtigten zum Besitzer, kann Mahnung (Klage) Verzug nur begründen, wenn der Schuldner vom Recht des Fordernden überzeugt und in malam fidem versetzt wird. In RG. 3 S. 201 hatte A dem B Werkzeug zu Eisenbahnarbeiten geliehen, die Bahnverwaltung auf Grund ihres Vertrages mit

B das Werkzeug in Benutzung genommen, ohne das Eigenthum des A zu kennen, war von A auf Herausgabe verklagt und schließlich verurtheilt. A klagte gegen die Bahnverwaltung sodann auf Ersatz des ihm durch die entzogene Benutzung des Werkzeuges seit der Mahnung entgangenen Gewinns. Das RG. hat zum Ersatz nur für die Zeit nach der Klageerhebung auf Herausgabe verurtheilt. Auch nach BGB. §§ 292, 987 ff., 990 würde die Bahnverwaltung zum Schadensersatz von der Mahnung ab nur verpflichtet sein, wenn sie wußte oder wissen mußte, daß B nicht Eigenthümer des Werkzeugs und zur Ueberlassung der Benutzung an sie nicht befugt war. Auch die Klageerhebung im Vorprozeß könnte an sich den Verzug nur unter derselben Voraussetzung begründen, § 286 erst angewendet werden, sobald die Verwaltung durch die Klage sich überzeugen müßte, daß A Eigenthümer, B nicht berechtigt war.

Illiquidität hindert den Verzug grundsätzlich nicht. Den Satz des § 66 I 16 ALR., daß Geldentschädigung für unerlaubte Handlung erst vom Tage des ersten, die Entschädigung festsetzenden Urtheils ab zu verzinsen, vgl. RG. 33 S. 9, hat das BGB. mit Recht nicht aufgenommen.

114. b. Der Schuldner muß zur Zeit der Fälligkeit und Mahnung (dies) leisten können. Kein Verzug tritt ein, wenn er ohne Verschulden, §§ 276, 285, nicht leisten kann, und so lange das von ihm nicht zu vertretende Hinderniß dauert. Vgl. HGB. II § 376 Abs. 1 (Rücktritt vom Vertrag, Schadensersatz „falls der Schuldner im Verzuge"). OHG. 5 S. 400, 7 S. 387, 8 S. 284, 9 S. 123, 335; 10 S. 293. Der Schuldner wird nach §§ 275, 279 frei, wenn die Leistung ohne sein Verschulden dauernd oder so lange unmöglich wird, daß sie für den Gläubiger oder ihn selbst nachher nicht mehr die schuldige Leistung ist. Der Schuldner hat nicht zu vertreten, was er nicht voraussehen und nicht abwenden konnte, wenn er die Vertretung nicht übernommen hat oder so zu behandeln ist, als ob er sie übernommen hätte. Diese Rechtssätze waren schon vor dem BGB. geltendes Recht und durch eine reiche, auch für das BGB. werthvolle Praxis ausgebildet.

Nicht zu vertreten hat der Schuldner natürlich, wenn der Gläubiger selbst, auch ohne mora accip., die Nichtleistung verschuldet, StrA. 1 S. 192, Wengler Arch. 1882 S. 424 (Arrestschlag), StrA. 25 S. 72 [Nichtzahlung von Pacht nach Einleitung der Subhastation. Vgl. BGB. §§ 1121, 1123. Preuß. Eigenth.Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 30, 31; Pr. Subh.Ges. v. 13. Juli 1883 §§ 16, 143. Ges. über die Zwangsversteig. 2c. v. 24. März 1897 (RGBl. 1898 S. 713) §§ 20 ff., 21 Abs. 2, § 148]. StrA. 58 S. 283 (Ausbleiben des Gläubigers am Zahlungsort, Nichtantreffen des Gläubigers). ObTr. 41 S. 30, 65 S. 64. StrA. 94 S. 146. RE. 1 Nr. 98. Vgl. auch ObTr. 50 S. 23 (StrA. 51 S. 72). RE. 1 Nr. 67. ObTr. 40 S. 26. RE. 1 Nr. 118 Erk. a.

Nicht zu vertreten hat der Schuldner ferner Unmöglichkeit der Leistung zur Zeit der Fälligkeit durch Zufall, d. h. ein Ereigniß, das er nicht voraussehen und nicht abwenden konnte, wenn nicht Vertrag (Haftübernahme) oder Gesetz eine Ausnahme begründen. Vgl. § 701 (receptum). Höhere Gewalt. (Vgl. Bd. 1 S. 308, 309. HGB. II §§ 429, 453, 456, 466, 606). Unmöglich ist die Leistung, mag sie natürlich oder rechtlich unmöglich sein, objektiv, d. h. für Jeden, oder subjektiv für die Person des Schuldners. § 275 Abs. 1, 2. Für diese Unmöglichkeit bietet die

frühere Rechtsprechung zahlreiche Beispiele. RE. 1 Nr. 118. Dahin gehören OHG. 3 S. 387, 8 S. 285, 10 S. 293, 12 S. 59, 7 S. 387, 9 S. 1, 335; 10 S. 20, 11 S. 184, 229 (Ausfuhrverbot, unverschuldeter Mangel an Transportmitteln, Kriegszustand, Wassermangel im Betrieb, Eisgang, Feuersbrunst). Nur wird überall scharf zuzusehen sein, ob das Ereigniß nicht durch die Sorgfalt, die der Verkehr fordert, abzuwenden war, und mitwirkendes Verschulden des Schuldners beseitigt die Wirkung des Zufalls, während Verschulden Dritter, für die der Schuldner nicht einzustehen hat, § 278, dem Zufall gleichsteht. OHG. 4 S. 164. RG. 28 S. 221 (Arbeiterausstand).

Zu beachten ist, daß § 279 den gemeinrechtlichen Grundsatz: genus non perit aufrecht erhalten hat. So lange Leistung aus der Gattung möglich, kann der Schuldner sich auf sein subjektives Unvermögen zur Leistung nicht berufen, selbst wenn er ohne alle Schuld. Weiter geht der Satz aber auch nicht. Das subjektive Unvermögen wird zu einem objektiven Hinderniß in dem obigen Sinne, sobald es nicht bloß den Schuldner, sondern Alle in gleicher Lage trifft, wie dies z. B. bei Krieg, Absperrung, Ausfuhr- und Einfuhrverbot, allgemeiner Arbeitseinstellung der Fall sein kann. Nur Zahlungsunvermögen, und Leistungsunvermögen aus subjektiven Gründen fällt bei genus nicht unter § 275 Abs. 2. StrA. 96 S. 182. ObTr. 62 S. 212 (StrA. 73 S. 311). StrA. 76 S. 253. Die beiden letzten Urtheile behandeln Fälle, in denen Lieferung von Oel, Getreide übernommen und eingewendet war, daß die Verpflichtung und damit der Verzug fortgefallen, weil die Oelmühle des Lieferanten abgebrannt, das Getreide von Hypothekengläubigern mit Beschlag belegt war. Hier würde auch die Berufung auf BGB. §§ 275, 285 fortfallen, weil in jenem Falle die Provenienz der Mühle nicht Gegenstand des Vertrages war, in diesem der Lieferpflichtige die Beschlagnahme hätte verhindern oder beseitigen müssen. Vgl. übrigens § 243 Abs. 2.

Der § 275 Abs. 2 kann nur angewendet werden, wo es sich um species oder persönliche Leistung handelt. Vgl. OHG. 8 S. 153. RG. 5 S. 278, 28 S. 220. RE. 1 Nr. 118. Um species handelte es sich in RG. 42 S. 114 (gem. R.), das zugleich ein Beispiel dafür giebt, daß auch vorübergehende Unmöglichkeit der Erfüllung zur Beseitigung des Verzugs und der Leistungspflicht führen kann, weil dadurch die Leistungspflicht inhaltlich so verändert, daß dem Schuldner die Leistung nicht zugemuthet werden kann, ebenso wie die Umstände dahin führen können, daß dem Gläubiger die Annahme verzögerter Leistung nicht zugemuthet werden kann, weil die Leistung für ihn keine Erfüllung mehr ist. A hatte Mehlfabrikate seiner Mühle an B „lieferbar Juni/Oktober 1897 monatlich 100 Sack" verkauft. Vertragsmäßig vorgesehen war, daß bei Betriebsstörung durch Brand für rechtzeitige Lieferung nicht zu haften. Die Mühle brannte im Juli 1897 ab, konnte erst Ende 1898 wieder in Betrieb gesetzt werden; 400 Sack waren noch rückständig. Die Klage auf Lieferung ist in allen Instanzen abgewiesen, weil für A in Folge des Zeitablaufs und der veränderten Marktverhältnisse und Konjunkturen der Leistungsgegenstand so verändert war, daß er nicht mehr als Vertragsgegenstand erschien. In gleicher Weise hätte B die Annahme der 400 Sack ablehnen können, wenn Leistung in 1898 oder 1899 für ihn keine Erfüllung mehr gewesen wäre, was der Fall sein konnte, wenn er sich anderweit schon hätte für seinen Bedarf decken müssen oder die Preise herabgegangen wären. Vgl. Seuff. Arch. 45 Nr. 176.

Eine andere Frage ist, ob der Schuldner bei Genusschuld auch für Ver-

zögerung der Leistung sich nicht auf den Mangel seines Verschuldens berufen kann. Wenn der Miether auf dem Wege zum Vermiether, um die Miethe zu bezahlen, überfahren wird und in Folge dessen zu spät zahlt, ist es gerecht und billig, daß der Verzug als entschuldigt gilt. Der § 275 Abs. 2 steht dem nicht entgegen. Konkurs ist kein Ereigniß, das der Schuldner nicht zu vertreten hat. RG. 28 S. 86, 94. ObTr. 61 S. 446. OHG. 20 S. 72. Vgl. Konk.O. §§ 17 ff. (15 ff.).

Der § 282 stellt fest, was schon bisher als Rechtssatz galt, StrA. 94 S. 52, ObTr. 74 S. 153, OHG. 14 S. 17, 21 S. 1, RG. 25 S. 113, daß der Schuldner, wenn seine Verpflichtung zur Leistung feststeht, zu beweisen hat, daß er geleistet hat oder ohne Verschulden nicht hat leisten können. Aus §§ 278, 31, 86, 89, 166 folgt ferner, daß der Verzug des gesetzlichen Vertreters und dessen, der auf Gefahr des Schuldners handelt, weil der Schuldner sich seiner zur Leistung bedient, Verzug des Schuldners selbst ist.

115. Wirkungen des Verzuges. Die allgemeinen Wirkungen sind nach §§ 286, 288 a) die Verpflichtung zum Schadensersatz; § 286 Abs. 1 (§§ 249 ff.); b) bei Geldschulden die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen vorbehaltlich des Anspruchs auf Ersatz des weiteren Schadens; c) die Haftung des Schuldners für jede Fahrlässigkeit, auch wenn die Haftung aus dem Schuldverhältniß eine geringere, §§ 276, 277, und die Haftung für Zufall, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde, § 287; d) Anspruch des Gläubigers auf das Interesse wegen Nichterfüllung unter Zurückweisung der Leistung, wenn diese in Folge des Verzugs kein Interesse mehr für den Gläubiger hat. § 286 Abs. 2.

Zu diesen allgemeinen Vorschriften über die Wirkung des Verzugs treten die besonderen Vorschriften in § 264 für die Wahlobligation, in §§ 326, 327 (vgl. § 454) für die gegenseitigen Verträge, die nach Streichung der Art. 354, 355, 356 HGB. I in HBB. II auch für das Handelsrecht gelten, in §§ 339, 342 über die Verwirkung der Vertragsstrafe, in § 354 über die Verwirkung des Rücktrittsrechts durch den Verzug des Berechtigten mit der Rückgewähr des Empfangenen, in § 448 über Verzug des Käufers mit Zahlung des gestundeten Kaufpreises, in § 455 über den Verzug des Käufers mit Zahlung des Kaufpreises bei Verkauf mit Vorbehalt des Eigenthums, in §§ 538 Abs. 2, 542, 543, 554 Abs. 1, (§ 581 Abs. 2) über Verzug bei Miethe und Pacht, in § 633 Abs. 3 bei Werkverdingung, in § 775 Nr. 3 über das Recht des Bürgen auf Befreiung bei Verzug des Schuldners, in § 1613 (vgl. §§ 528, 1351, 1360 Abs. 3, 1580 Abs. 3, 1703, 1711) für die gesetzliche Unterhaltspflicht (in praeteritum non vivitur abgesehen von Verzug und Rechtshängigkeit).

116. Die allgemeine Wirkung des Verzugs ist die im § 286 Abs. 1 ausgesprochene Verpflichtung des Schuldners, dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen. Durch Vertragsstrafe, §§ 339 ff., kann der Schadensbetrag festgestellt werden. Die Vorschriften in § 286 Abs. 2, §§ 287, 288 hängen mit dieser allgemeinen Pflicht zusammen und sind Ausgestaltungen des Grundsatzes des § 286 Abs. 1. Sie lassen in ihrem Zusammenhange und in Verbindung mit § 326 keinen Zweifel darüber, daß, abweichend von C. c. art. 1142, 1184, ALR. I 11 §§ 230, 231, in Uebereinstimmung mit dem gem. R., der Verzug des Schuldners auch bei gegenseitigen Verträgen

den Gläubiger grundsätzlich nicht zum Rücktritt berechtigt, sondern abgesehen von § 326 Abs. 1, nur zur Klage auf Erfüllung und auf das Interesse wegen verspäteter Erfüllung. Erst wenn der Schuldner nach rechtskräftiger Verurtheilung nicht freiwillig leistet, ist der Gläubiger gemäß § 283, der als materielle Vorschrift Judikat nach dem 1. Januar 1900 vorausgesetzt, vgl. Bolze 12 S. 8 Nr. 14, nicht verpflichtet, ihn zu exequiren, vielmehr berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur Leistung mit der Klausel zu setzen, daß er nach dem Ablauf der Frist die Annahme ablehne, wenn diese Frist nicht schon in dem rechtskräftigen Urtheil gemäß § 255 CPO. gesetzt ist. Wird in der vom Gläubiger gestellten angemessenen Frist — die Angemessenheit hat der Richter konkret zu prüfen —, oder in der Frist des Urtheils nicht geleistet, so tritt an die Stelle des Anspruchs auf die Leistung der Anspruch auf das Interesse. Der Anspruch auf Erfüllung fällt fort. CPO. § 893 (778).

Nach Abs. 2 § 283 kann der Gläubiger theilweise Leistung ablehnen und Ersatz des ganzen Interesses fordern, wenn die theilweise Leistung keine Erfüllung für ihn ist, was er zu beweisen hat, vorausgesetzt, daß er die erhaltene Theilleistung gemäß §§ 346, 356 zurückgewährt. § 280 Abs. 2. Nach Satz 3 Abs. 1 § 283 soll der Anspruch auf Schadensersatz cessiren, wenn die Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich wird, d. h. nach dem Judikate unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Auf Unmöglichkeit vor dem Judikat kann der Schuldner sich nach § 767 (686) Abs. 2 CPO. nachträglich nicht berufen. Von selbst versteht sich, daß der Satz 3 unanwendbar ist, wenn der Schuldner im Verzuge und deshalb § 287 zur Anwendung kommt. Vgl. § 325 Abs. 2, § 454.

Der Rücktritt wegen Verzugs steht dem Gläubiger regelmäßig nur dann zu, wenn die Leistung für ihn in Folge des Verzuges kein Interesse mehr hat, § 326 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, nicht mehr Erfüllung ist. Nach § 286 Abs. 2 kann der Gläubiger die verspätete Leistung ablehnen, sich die geschuldete Leistung selbst verschaffen, OHG. 16 S. 200, 203, und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Nach Satz 2 Abs. 2, § 286 finden die §§ 346 bis 356 über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht Anwendung. Dieser für alle Schuldverhältnisse geltende Grundsatz ist in § 326 Abs. 2 für gegenseitige Verträge wiederholt. Vgl. § 280 Abs. 2, § 283 Abs. 2. Er entspricht dem, was vom Gesichtspunkte relativer Unmöglichkeit aus, § 280, bereits im gem. und Preuß. Recht angenommen war und in C. c. art. 1146, SBGB. § 865 anerkannt ist. OHG. 10 S. 293, RG. 25 S. 252, 43 S. 287, 289.

Der Satz ist von großer Bedeutung und giebt der Praxis reiche Gelegenheit zur Ausgestaltung. Der Altentheilsberechtigte, der für seinen Bedarf bestimmte Naturalien zu fordern hat, kann, wenn der Verpflichtete im Verzuge, sich die Naturalien selbst beschaffen und das nothwendig Verauslagte oder statt der Naturalien Geld fordern, weil die Naturalien bei nicht rechtzeitiger Lieferung keinen Werth für ihn haben. ObTr. 37 S. 74, StrA. 3 S. 325, 6 S. 103. RE. 1 Nr. 118, Nr. 101. Der Miether, der in Folge Verzugs des Vermiethers die gemiethete Wohnung zum bestimmten Termin nicht beziehen kann, kann eine andere Wohnung miethen und Ersatz fordern, wenn er dabei Schaden hat oder ihm Gewinn entgangen ist. § 542 Abs. 1 Satz 3. ObTr. 75 S. 74. RE. 3 Nr. 294 Erk. a. Ebenso überall da, wo eine Leistung, Dienstleistung oder Lieferung, nach Abrede oder den Umständen des

Falls zu einer bestimmten Zeit erfolgen muß, um dem Berechtigten zu dienen. (Miethe eines Gespannes zu einer Ausfahrt, Lieferung zu einem Diner u. a.). In solchen Fällen wird oft nicht § 286 Abs. 2, sondern § 280 zur Anwendung kommen. Dasselbe kann selbst dann gelten, wenn dem Eigenthümer eine Sache entzogen, die Rückgabe schuldhaft verzögert wird, die Sache in Folge der Dauer der Entziehung nach den Umständen für den Eigenthümer keinen Werth mehr hat.

Auf demselben Rechtsgedanken wie § 286 Abs. 2 beruht § 361 und HGB. II § 376 über das Fixgeschäft, bei dem übrigens der Rücktritt nicht von dem Verzuge abhängig ist, der Verzug weitergehende Folgen begründet. Vgl. zu § 361. Eine Ausnahme von der Regel, daß Verzug des Schuldners den Gläubiger nicht zum Rücktritt berechtigt, enthält z. B. § 554 (581 Abs. 2) über das Rücktrittsrecht des Vermiethers und Verpächters bei Verzug mit der Zahlung des Mieth- (Pacht-) Zinses für zwei auf einander folgende Termine.

117. Der allgemeine Gesichtspunkt für die Schadensersatzpflicht in Folge Verzugs ist wie im gem. R., daß der Gläubiger haben soll, was er ohne den Verzug haben würde, bei Nichtleistung das, was er durch die Leistung haben würde, bei verspäteter Leistung das, was er durch die rechtzeitige Leistung mehr haben würde. § 249. OHG. 24 S. 153. Nach § 252 umfaßt der Ersatz Schaden und entgangenen Gewinn. Nach § 254 Abs. 2 kann der Gläubiger verpflichtet sein, von seinem Recht Gebrauch zu machen, sich auf Kosten des säumigen Schuldners in die Lage zu versetzen, wie sie bei der Erfüllung wäre. Vgl. zu § 254. Selbstverständlich ist, daß der Gläubiger nicht nebeneinander Schadensersatz wegen verspäteter und wegen Nichterfüllung fordern kann, daß das Fordern der Leistung nicht den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausschließt, daß aber nach Annahme der Leistung nur noch Ersatz für verspätete Leistung zu fordern ist. OHG. 24 S. 153. Eine Anwendung des allgemeinen Satzes in § 286 Abs. 1 ist die Vorschrift des § 288 über die Verzugszinsen.

118. Verzugszinsen, §§ 288, 289, werden von Geldschulden, § 244, 245, wie nach allen bisherigen Rechten, ALR. I 16 §§ 64, 65; 11 §§ 25 ff.; C. c. art. 1153; SBGB. § 742, als Schadensersatz nach dem Gesetz gezahlt, d. h. ohne daß es des Beweises bedarf, daß ein Schaden überhaupt oder in Höhe der gesetzlichen Zinsen entstanden. Das Gesetz geht davon aus, daß Geld immer nutzbringend angelegt werden kann. Zinsschuld wird nach § 289 wegen Verzugs nicht verzinst, vgl. § 248 Abs. 1, mag es sich um vorbedungene oder Verzugszinsen oder um Couponzinsen handeln, die den vorbedungenen durchaus gleichstehen. Vgl. OHG. 10 S. 212, 25 S. 257. RG. 5 S. 254, 260. Die Vorschrift in § 821 I 11 ALR., daß von rechtskräftig zugesprochenen Zinsrückständen von der Rechtskraft ab Zinsen zu fordern, ist beseitigt. Auch der Schenker zahlt nach § 522 keine Verzugszinsen, wohl aber nach § 1146 auch der nicht persönlich verpflichtete Grundstückseigenthümer aus dem Grundstücke, wenn die Voraussetzungen des Verzugs gegen ihn vorliegen. Vgl. zu § 1146 und RE. 3 S. 576. Im Konkurse fällt nach der positiven Vorschrift in § 63 (56) KonkO. jede Zinspflicht fort zu Gunsten der Masse.

Nach § 288 Abs. 2 erschöpfen die gesetzlichen Verzugszinsen den Anspruch auf Schadensersatz nicht; kann vom Gläubiger ein über ihren Betrag

hinausgehender Schaden erwiesen werden, so kann Ersatz des ganzen Schadens gefordert werden, abweichend vom französ. R., C. c. art. 1152, übereinstimmend mit SBGB. § 742 und der Preuß. Praxis trotz ALR. I 11 §§ 833, 834. In ObTr. 17 S. 144, RE. 1 Nr. 103 Erk. c, hatte A sein wegen einer Forderung von 2000 Thlr. zur Subhastation stehendes Gut dem B, der davon unterrichtet war, für 4500 Thlr. verkauft, von denen 2900 Thlr. am 2. Januar gezahlt werden sollten. B zahlte nicht, das Gut wurde, weil A den Gläubiger nicht bezahlen konnte, am 13. Januar für 2000 Thlr. einem Dritten zugeschlagen, und A klagte gegen B auf Zahlung von 2354 Thlr. als denjenigen Betrag, den er bei pünktlicher Zahlung durch B an Kaufpreis mehr erhalten haben würde, als den Erlös in der Subhastation. Das ObTr. hat gegen die Instanzen die Forderung zugesprochen. Nach § 289 Satz 2 ist auch dem Gläubiger von Zinsen nicht versagt, den Ersatz des Schadens zu fordern, der ihm durch den Verzug in Zahlung von Zinsen entstanden ist; nur muß er Entstehung und Umfang des Schadens beweisen, wenn er nicht durch Vertragsstrafe von vornherein normirt. Vgl. § 248 Abs. 1, § 344. ALR. I 11 § 826.

Die Höhe der Verzugszinsen ist wie die der gesetzlichen, § 246, abweichend von dem gesammten bisherigen Recht, Reichs-Deput.-Abschied 1600 § 139, ALR. I 11 § 831, SBGB. § 677, französ. Ges. v. 3. Sept. 1807, durch § 288 Abs. 1 Satz 1 statt 5 auf 4 Prozent bestimmt. Nach Satz 2 Abs. 1 § 288 bleibt aber bei verzinslichen Geldschulden der höhere Zinsfuß auch nach Eintritt des Verzugs bestehen. Der höhere Zins aus anderer causa als aus Verzug läuft fort, der niedrigere Zins aus anderer causa steigt auf 4 Prozent. (Darlehn zu 6 Prozent, rückzahlbar 1. Juli; Verzugszinsen 6 Prozent vom 1. Juli ab. Darlehn zu 3 Prozent, Verzugszinsen 4 Prozent vom 1. Juli ab.) ALR. I 11 § 831, RG. 16 S. 183, Ges. v. 14. Nov. 1867 (BGBl. S. 159) § 3. Die Kontroverse, ob die kürzere Verjährung der Zinsen sich in diesem Falle auf die gesammten Verzugszinsen oder nur auf den in denselben enthaltenen Mehrbetrag erstreckt, ObTr. 12 S. 17, RE. 1 Nr. 180b Erk. b, ist dadurch beseitigt, daß § 197 BGB. zwischen vorbedungenen und Verzugszinsen nicht scheidet. Nach HGB. I Art. 288 betrug die Höhe der Verzugs- und der gesetzlichen Zinsen bei Handelsgeschäften auch nur auf Seiten eines Kontrahenten 6 Prozent. Durch § 352 HGB. II ist der Zinsfuß auf 5 Prozent bei beiderseitigen Handelsgeschäften bestimmt und dieser Satz gilt überall, wo das HGB. II die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ausspricht.

Der § 288 gilt nicht für Schuldverhältnisse, auf die nicht das BGB., sondern die aufrecht erhaltenen Landesgesetze oder fremdes Recht anzuwenden. RG. 1 S. 59, 61; 5 S. 254. Der Art. 10 des Preuß. Ausf.Ges. zum BGB. vom 20. Sept. 1899 (GS. S. 177) bestimmt, daß überall, wo in Gesetzen, die neben dem BGB. in Kraft bleiben, Verzinsung mit mehr als 4 Prozent vorgeschrieben, die Verzinsung mit 4 Prozent an die Stelle tritt. Dem haben sich die übrigen Ausführungsgesetze durchgängig angeschlossen. Der Art. 10 bestimmt im Satz 2 zugleich, daß seine Vorschrift vom 1. Januar 1900 ab eintritt, auch wenn die Verzinsung (der Verzug) schon vorher begonnen hat. Damit ist für das Preuß. Landesrecht die für das BGB. oben zu §§ 246—248 erörterte Kontroverse über die Anwendung des § 288 auf den Verzug bei vor dem 1. Januar 1900 begründeten Schuldverhältnissen entschieden.

Von selbst versteht sich, daß für die Zahlung der Verzugszinsen alles gilt, was für die Zahlung einer Geldschuld gilt. §§ 244, 245. Vgl. SBGB. §§ 985, 986. Das BGB. stellt keinen Satz auf wie ALR. I 11 § 845, daß Verzugszinsen, auf die der Richter nicht erkannt hat, auch vom Tage des Urtheils ab nicht nachgefordert werden können, sobald über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt. Vgl. RE. 2 Nr. 217. Unzweifelhaft ist auch nach BGB., daß Verzugszinsen selbständig klagbar sind, solange die Hauptschuld nicht eingeklagt und nicht bezahlt ist. ObTr. 58 S. 100. OHG. 21 S. 320. RG. 1 S. 340. Ob in der Einklagung der Hauptschuld ohne Verzugszinsen, in der Annahme der Zahlung des Kapitals unter Quittirung ohne Vorbehalt, ein Verzicht, Erlaß, § 397 (151), zu finden, ist nur konkret zu entscheiden. Eine Vermuthung der Tilgung oder des Erlasses knüpft das BGB. an die Quittung nicht. Es besteht aber auch nach BGB. kein Zweifel, daß, wenn Grund zu fordern vorlag, gefordert werden konnte und nicht gefordert ist, regelmäßig wahrscheinlich ist, daß erlassen ist, was nicht gefordert wurde, und daß als Erfüllung angenommen ist, was als Erfüllung angeboten, geleistet und worüber als Erfüllung quittirt ist. OHG. 6 S. 145, 150. Alles das lag in RG. 42 S. 121 (gem. R.) nicht vor. Der § 14 Nr. 5 EG. z. CPO. (miteingeklagte Nebenforderungen gelten durch Uebergehen nicht als aberkannt) hat mit der Frage nichts zu thun.

Die Befreiung des Fiskus von der Verpflichtung, Verzugszinsen zu zahlen, wie sie für das gem. R. behauptet, vgl. RG. 7 S. 162, im Preuß. R. nach Anh. § 26 zu § 827 I 11 ALR. bestand, aber durch die Ges. v. 7. Juli 1833 und 7. März 1845 so gut wie völlig beseitigt, kennt das BGB. nicht.

119. Nach § 287 haftet der Schuldner während des Verzuges für jede Fahrlässigkeit und selbst für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung, wenn er nicht beweist, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde. Vgl. ALR. I 16 § 18. § 241. mora perpetuatur obligatio. Der Schenker hat nach § 521 nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

Die bekannte gemeinrechtliche Kontroverse, ob der Schuldner beschränkt oder unbeschränkt haftet, W. 2 § 280 Anm. 14, ist damit wie im ALR., C. c. und SBGB. für die beschränkte Haftung entschieden. Der Schuldner ist befreit, wenn der Schaden auch den Gläubiger bei rechtzeitiger Leistung getroffen haben würde, weil damit die Kausalität des Verzugs fortfällt. Daß den Schuldner die Beweislast trifft, ergiebt sich aus der Fassung des Satz 2 § 287. Auch die Kontroverse, in welchem Sinne dieser Beweis zu führen, ist durch § 287 beseitigt. Der Schuldner hat zu beweisen, daß der Schaden den Gläubiger betroffen haben würde; da der Schaden den Gläubiger nur trifft, wenn er den Gegenstand der Leistung besitzt, so führt der Schuldner den ihm obliegenden Beweis nur, wenn er beweist, daß der Gläubiger den Gegenstand zur Zeit des Zufalls gehabt, nicht vorher veräußert haben würde. Nach Preuß. R., § 241 I 7 ALR., genügte der Beweis, daß der Zufall die Sache getroffen, wenn sie sich im Besitz des Eigenthümers befunden hätte. Vgl. W. 2 § 280 Anm. 15. RE. 2 Nr. 255. OHG. 8 S. 115, 9 S. 137, 21 S. 241. Der Schaden trifft den Gläubiger, wenn der Gegenstand auch bei ihm untergegangen (verschlechtert) wäre, sei es durch denselben oder einen Zufall anderer Art. Es ist gleich, ob dieselbe Feuersbrunst oder Epidemie den

Gegenstand beim Gläubiger wie beim Schuldner getroffen hätte, oder ob der beim Schuldner verbrannte Gegenstand bei rechtzeitiger Leistung beim Gläubiger durch eine Ueberschwemmung zu Grunde gegangen wäre.

Der § 13 I 3 ALR. sagt, daß der Schuldner stets für den Zufall haftet, der erst durch die Zögerung schädlich geworden ist, d. h. ohne die Zögerung die Sache nicht getroffen haben würde. In OHG. 3 S. 133, 137 ist davon Anwendung in einem Falle gemacht, wo der Schiffer Kartoffeln zu transportiren, die Abfahrt verzögert hatte, in Folge dessen vom Frost überrascht wurde, Schiff und Ladung einfror und die Ladung erfror. Nach BGB. würde die Haftung des Schiffers ebenso unzweifelhaft sein.

Nach §§ 848, 992, 2025 gilt der Satz 2 des § 287 auch für den Deliktsschuldner (fur, praedo), abweichend vom Preuß. und französ. R. Im gem. R. war dies kontrovers. Vgl. ALR. I 7 § 242.

120. Von selbst versteht sich, daß Verschlechterung des Leistungsgegenstandes der Art, daß die Leistung keine Erfüllung für den Gläubiger mehr ist, der Unmöglichkeit der Leistung gleichsteht. Nach §§ 286 Abs. 1, 287, 290 Satz 2 hat wie nach gem. und Preuß. R. der Schuldner auch für Werthsverminderung des Leistungsgegenstandes durch Zufall während des Verzugs einzustehen. Auch hier bleibt dem Schuldner der Beweis, daß die Werthsverminderung den Gläubiger auch ohne den Verzug getroffen haben würde, weil er den Gegenstand bei rechtzeitiger Leistung behalten haben würde. Diesen Fall behandeln nach Preuß. R. die oben citirten Urtheile: OHG. 8 S. 115, 9 S. 137, 11 S. 9, 17; 21 S. 215, 218; 25 S. 241. In allen diesen Fällen handelte es sich um Werthpapiere, bei denen das Sinken des Kurses als Zufall zu behandeln ist, durch den der Substanzwerth betroffen wird, selbst Werthlosigkeit herbeigeführt werden kann. OHG. 21 S. 215, 218. Der Kursverlust trifft jeden Besitzer von selbst. Verzögert der Pfandgläubiger nach Tilgung der Pfandschuld die Herausgabe der verpfändeten, OHG. 8 S. 115, 21 S. 241, der Entleiher die Herausgabe der geliehenen, OHG. 9 S. 139, der Einkaufskommissionär die Lieferung der gekauften Werthpapiere an den Kommittenten, OHG. 11 S. 9, 17, oder der Besitzer ohne Grund die Herausgabe, OHG. 21 S. 215, 218, StrA. 79 S. 3 (gem. R.), l. 25 § 2, l. 54 § 2, l. 40 D. 5, 3, so ist klar, daß Ersatz für die Differenz des Kurses zwischen der Zeit der geschuldeten und wirklichen Rückgabe nur gefordert werden kann, wenn der Berechtigte die Werthpapiere vor dem Kurssturz veräußert hätte; ohne dies würde ihn der Verlust getroffen haben wie jeden Besitzer.

Nach BGB. muß der Schuldner, anders als nach Preuß. R., beweisen, daß der Gläubiger nicht verkauft haben würde, ein Beweis, der direkt meist schwer zu führen, oft aber aus den Umständen zu entnehmen sein wird. Hat der Kurs in der kritischen Zeit geschwankt, so kann der höchste Kurs immer nur gefordert werden, wenn der Gläubiger beweist, daß er gerade zur Zeit des höchsten Kurses verkauft haben würde, weil ohnedies der Kausalzusammenhang dieses Schadens mit dem Verzuge fehlt. Der Satz des gem. R., l. 8 § 1 D. 13, 1, daß bei widerrechtlicher Entziehung der höchste Werth der Sache in der Zwischenzeit zu ersetzen, besteht für das BGB. nicht.

121. Nach § 290 ist der Gläubiger berechtigt, wenn der Leistungsgegenstand vom Schuldner nicht herausgegeben werden kann und der Schuldner in Folge des

Verzugs zum Werthsersatz, oder wenn der Schuldner aus gleichem Grunde zum Ersatz des Minderwerths verpflichtet ist, gesetzliche Zinsen, § 246, von der Ersatzsumme von dem Zeitpunkte ab zu fordern, der der Werthsbestimmung zu Grunde gelegt wird. Vgl. § 849, ŚBGB. § 744. Als Gedanke des Gesetzes erscheint, daß der Gläubiger, der die Vortheile des Leistungsgegenstandes haben würde, wenn er ihn in Natur erhalten, an Stelle dieser Vortheile die Zinsen der an die Stelle des Leistungsgegenstandes tretenden Ersatzsumme erhalten und dadurch so gestellt werden soll, als wenn er die Leistung selbst erhalten. Im Entw. I § 252, II § 246, III § 284, war die Verzinsung vom Moment des Verzugs ab bestimmt. Die jetzige Fassung beruht auf Beschluß der Reichstagskommission und auf der Erwägung, daß der Werthsersatz, wenn der Werth nach dem Verzuge gestiegen, sich nicht nach dem Zeitpunkt des Eintritts des Verzugs richtet. Die Aenderung ist danach nicht prinzipieller Art. Der Gläubiger kann natürlich von der Forderung der Zinsen absehen und den erweislichen Schaden fordern.

Welcher Zeitpunkt der Bestimmung des Werthes zu Grunde zu legen ist, sagt das Gesetz nicht. Bei Ersatz für Verschlechterung ergiebt sich der Zeitpunkt aus dem oben Gesagten. Der allgemeine Gesichtspunkt ist, daß der Gläubiger durch den Werthsersatz haben soll, was er durch die Leistung hätte. Grundsätzlich ist der Werth deshalb nach dem Zeitpunkt zu bestimmen, in welchem zu leisten gewesen wäre; dies ist der mindeste Werth. Der Gläubiger kann in den Fällen, wo der Zufall die Sache auch bei ihm getroffen hätte, wenn er sie in Händen gehabt und nicht veräußert hätte, den höheren Werth der Zeit, wo er veräußert hätte, fordern, im Falle, wo ihn der Zufall überhaupt nicht getroffen hätte, den höheren Werth zur Zeit der Forderung des Ersatzes. Dem Schuldner steht der Beweis frei, daß die Forderung zu hoch, weil der Gläubiger zu einer anderen Zeit, oder inzwischen veräußert, oder weil der Werth sich sonst durch Umstände gemindert hätte, die den Gläubiger auch bei Leistung getroffen hätten. Willkürlich kann nie von mehreren Zeitpunkten der eine oder der andere gewählt werden, sondern immer nur derjenige, der der Rechtsregel für jeden Schadensersatzanspruch entspricht, daß nur der Schaden zu ersetzen, der mit der schädigenden Handlung in sicherem ursächlichen Zusammenhang steht. OHG. 3 S. 96, 6 S. 194, 23 S. 369, 371; 11 S. 9, 17; 8 S. 115.

Ist der Käufer rechtskräftig verurtheilt, die ihm vor Zahlung des Kaufpreises übergebene Sache dem Verkäufer zurückzugeben, bleibt die Zwangsvollstreckung auf Herausgabe ohne Erfolg, so kann der Verkäufer jedenfalls den Werth zur Zeit der fruchtlosen Vollstreckung fordern, als dem Zeitpunkt, wo er die Sache zuletzt gefordert hat und sie herausgegeben werden mußte; es versteht sich von selbst, daß der Schuldner nicht einwenden kann, der Gläubiger würde, wenn die Sache rechtzeitig herausgegeben, verkauft und geringeren Preis erzielt haben. Andererseits kann aber auch der Verkäufer den höheren Werth eines Zwischenzeitpunktes nur fordern, wenn er beweist, daß er damals verkauft haben würde. Bestimmungen, wie im ALR. I 6 §§ 82, 83 ff., hat das BGB. nicht. Vgl. OHG. 22 S. 416. ObTr. 17 S. 176. RE. 1 Nr. 103 (104) Erk. b.

122. Ueber die purgatio morae, das Ende des Verzugs, sagt das BGB. wie der C. c. nichts. Die Vorschrift in § 253 Entw. I, daß der Verzug für die Zu-

kunft mit dem Zeitpunkt der Nachholung des Versäumten aufhöre, ist als selbstverständlich gestrichen, § 753 SBGB., ebenso der Satz, daß der Verzug des Schuldners aufhört, sobald er den Gläubiger in Verzug setzt, wozu natürlich erforderlich, daß er dem Gläubiger anbietet, was derselbe ursprünglich und in Folge des Verzugs zu fordern hat. Vgl. zu §§ 293 ff., § 267. Die Holschuld verwandelt sich in Folge davon in eine Bringschuld. §§ 294, 296. Vgl. OHG. 5 S. 386. (Wechsel nach Protest.) Selbstverständlich ist ferner, daß der Verzug aufhört, wenn die Forderung aufhört, wie SBGB. § 754 mit dem Zusatz sagt, daß damit auch die durch den Verzug begründeten Ansprüche fortfallen, wenn sie nicht vorbehalten. Das BGB. bietet für solchen Rechtssatz keinen Anhalt. Es wird vielmehr hier wie bei Aufhebung des Verzuges durch Stundung und Vertrag anderer Art, Umschaffung, § 607, OHG. 6 S. 145, 150, immer konkret zu prüfen sein, ob die Folgen des Verzuges für Vergangenheit und Zukunft haben beseitigt werden sollen. SBGB. § 755. ALR. I 16 § 70.

XII. Rechtshängigkeit. §§ 291, 292. W. 1 §§ 124—126; 2 § 359. D. P. 1 §§ 153 ff. Endemann 1 § 136. Cosack 1 § 107. Grützmann 1 § 52. Cr. 1 § 46. Eccius 1 § 51.

123. Die §§ 291, 292 bestimmen in zwei Punkten die materielle Wirkung des Prozeßbeginns, der mit der Rechtshängigkeit zusammenfällt. Der Begriff der Rechtshängigkeit ist durch die CPO. gegeben, die neben den prozessualen Wirkungen zugleich einzelne wichtige materielle Folgen der Rechtshängigkeit normirt. CPO. §§ 263 bis 266 (235 ff.), 274, 281, 325 ff., 727. Begründet wird die Rechtshängigkeit, abgesehen von den im EGes. Art. 152 aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften, durch die Klageerhebung, § 263, die Zustellung des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren, § 695 (635), und durch den Klagevertrag in §§ 499, 500, 693. Zu beachten ist CPO. § 541 Abs. 2 (§§ 302, 600, 717), wonach für die Kondiktion des auf Grund nachher aufgehobenen Urtheils Gezahlten oder Geleisteten die Wirkungen der Rechtshängigkeit, § 818 Abs. 4 BGB., mit der Zahlung oder Leistung eintreten. Anmeldung der Forderung im Konkurse kommt nicht in Betracht, weil die Wirkung des § 291 durch die Spezialvorschrift in § 63 (56) KonkO. ausgeschlossen ist. Mit dem Erlöschen der Rechtshängigkeit, CPO. §§ 271, 515, 566, 695, 697, 701, fallen die Wirkungen rückwärts fort, wie wenn der Prozeß nie begonnen. Vgl. BGB. §§ 212, 213, 214 Abs. 2. (Verjährung.) C. c. art. 2247.

124. Nach § 291 zahlt der Schuldner einer Geldschuld, §§ 244, 245, wie nach gemeinem Gewohnheitsrecht, RG. 2 S. 176, 9 S. 174, abweichend vom ALR. I 16 § 71, das mit der Rechtshängigkeit Verzug eintreten läßt, dem französ. R., C. c. art. 1153 und dem SBGB., stets von der Rechtshängigkeit ab Prozeßzinsen, auch wenn er nicht im Verzuge ist, vorausgesetzt, daß die Forderung fällig und der Gläubiger nicht im Verzuge. § 301 BGB. Wird sie im Prozeß fällig, vgl. CPO. §§ 257—259, so laufen die Zinsen von der Fälligkeit ab. Nach Satz 2 § 291, § 288 Abs. 2, § 289 Satz 1 beträgt der Zinssatz 4 Prozent, bleibt der höhere Satz der verzinslichen Schuld bestehen, wächst der niedrigere auf 4 Prozent, sind von Zinsen Prozeßzinsen nicht zu entrichten. Vgl. OHG. 24 S. 388. Der Beweis höheren Schadens bleibt vorbehalten. Für die Klage aus beiderseitigen Handelsgeschäften von Kaufleuten beträgt der Zinssatz nach HGB. II §§ 352, 353 auch für Prozeßzinsen fünf Prozent.

Der § 291 ist nur anwendbar bei Rechtshängigkeit nach dem 1. Januar 1900 und im Inlande und wenn das Schuldverhältniß nach dem BGB. zu beurtheilen. Das gilt namentlich für § 292. Prozeßbeginn vor dem 1. Januar 1900, der nach damaligem Recht keine Zinspflicht begründete, begründet sie nachträglich nicht. RG. 14 S. 155, 168; 8 S. 174. Die Rechtshängigkeit in § 291 ist die im Inlande und im Sinne der CPO. begründete. Ist das Rechtsverhältniß nach ausländischem Recht zu beurtheilen und knüpft dieses an die Rechtshängigkeit andere Folgen, als das inländische Recht, so muß das ausländische Recht auch insofern angewendet werden. Vgl. OHG. 24 S. 388.

Prozeßzinsen sind nicht Verzugszinsen, da der Prozeßbeginn allein Verzug nicht begründet; darum zahlt sie auch der Schenker. BGB. § 522. SA. 29 Nr. 131. Daß sie neben der Vertragsstrafe für verzögerte Leistung zu fordern, RG. 9 S. 37, 44, StrA. 27 S. 31, folgt aus der selbständigen Natur beider Ansprüche auf die Leistung und die Vertragsstrafe.

125. Wenn nicht eine Geldschuld, sondern ein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe, d. h. Rückgabe oder Uebergabe eines bestimmten Gegenstandes (Sache, Forderung, Recht) rechtshängig geworden ist, sollen nach § 292 in Bezug auf Nutzungen (§§ 99, 100, 101, 102), Verwendungen und die Veränderungen, die der Streitgegenstand nach der Rechtshängigkeit erleidet (Verschlechterung, Untergang, Unmöglichkeit der Herausgabe aus anderem Grunde), die Bestimmungen Anwendung finden, die für das Verhältniß zwischen Eigenthümer und Besitzer von der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs an gelten. Vgl. SBGB. §§ 743—745, 1527, 1528. Die in Bezug genommenen Vorschriften, §§ 987 ff. (1007, 1065, 1227) ergeben, daß der persönliche Schuldner gleich dem dinglich verhafteten

a. die Nutzungen, § 100, herauszugeben hat, die er nach der Rechtshängigkeit gezogen, und Ersatz für die Nutzungen zu leisten hat, die er ordnungsmäßig hätte ziehen können und schuldhaft nicht gezogen hat. Das Verschulden ist ihm zu beweisen. Ersatz für die nicht mehr vorhandenen Nutzungen hat der Schuldner zu leisten, falls er nicht beweist, daß er sie ohne Verschulden nicht mehr hat. § 987. Den Gewinn aus dem Erlöse hat er nach § 100 herauszugeben. Daneben kommt § 102 zur Anwendung. Vgl. RG. 3 S. 201, oben S. 121.

b. Der Schuldner haftet für jedes Verschulden, durch das von der Rechtshängigkeit ab der Gegenstand verschlechtert oder seine Herausgabe unmöglich gemacht wird. § 989, § 280.

c. Verwendungen erhält der Schuldner nach §§ 994, 996, 998 nur gemäß §§ 683 ff. ersetzt, soweit sie nothwendig waren. Ist ein landwirthschaftliches Grundstück Gegenstand des Anspruchs, so kommt für den Schuldner auch hier der § 998 zur Anwendung. Für die Geltendmachung des Verwendungsanspruchs gelten auch hier § 1000 Satz 2, §§ 1002, 1001, 1003. Vgl. dort das Nähere.

d. Durch Abrede diese Vorschriften zu ändern, sind die Parteien durch nichts gehindert. Ausdrücklich behält der § 292 die Abweichungen vor, die sich aus dem Verzuge des Schuldners oder aus dem konkreten Schuldverhältniß zu Gunsten des Gläubigers ergeben; zu seinem Nachtheil giebt es keine Rechtssätze. Die Rechtshängigkeit allein begründet Verzug und dessen

weitergehende Wirkungen (Haftung für Zufall) nicht; ALR. I 7 § 222 behandelte von der Behändigung der Klage ab den Besitzer als unredlichen Besitzer. RE. 2 S. 779, 789. StrA. 12 S. 157. Davon ist nach BGB. nicht die Rede; es müssen immer noch besondere Umstände hinzutreten, um die Annahme des Verzugs und der Unredlichkeit zu rechtfertigen; regelmäßig wird dies freilich der Fall sein. Vgl. §§ 990, 2024.

Aus dem Schuldverhältniß ergiebt sich Besonderes im Falle der §§ 814 ff., 819, wo die Wirkungen der Rechtshängigkeit an den Empfang der Leistung geknüpft, im Falle Deliktsanspruchs im § 848 (§ 992), wo der Besitzer schon vor der Rechtshängigkeit für Zufall haftet. Im Falle der §§ 521, 599, 968 hört die Ermäßigung der Haftung mit der Rechtshängigkeit auf.

126. Nach § 1613 hat die Rechtshängigkeit wie der Verzug für den gesetzlichen Unterhaltungsanspruch die Wirkung, daß der Rechtssatz: in praeteritum non vivitur fortfällt, d. h. von der Rechtshängigkeit ab wird die Unterhaltsrente nachgezahlt, auch wenn sie erst nach Jahren zugesprochen wird und der Verpflichtetete nicht im Verzuge war, weil er seine gesetzliche Pflicht ohne Verschulden nicht kannte. Anderer Natur ist die Bedeutung der Rechtshängigkeit in § 1344.

127. Gemeinrechtlich wurden nicht vererbliche Forderungen durch die Rechtshängigkeit grundsätzlich vererblich. W. 2 § 359 unter 1. Das BGB. bestimmt nur, daß der an sich unvererbliche Anspruch auf Ersatz nicht vermögensrechtlichen Schadens, insbesondere der Anspruch der Verlobten wegen Defloration mit der Rechtshängigkeit auf die Erben übergeht. §§ 847, 1300. Nach ALR. I 11 §§ 1158, 1159 vererbte die angestellte Klage auf Widerruf einer Schenkung wegen Undanks. Darüber bestimmt BGB. §§ 530 Abs. 2, 531, aus denen folgt, daß die Erben des Schenkers das Recht des Widerrufs nur in dem Falle des § 530 Abs. 2 haben; *sobald der Schenker aber den Widerruf dem Beschenkten gegenüber erklärt hat*, kondiziren die Erben das Geschenkte nach § 531 Abs. 2 wie jede andere Bereicherung ohne Grund. Nach ALR. II 1 §§ 827, 828, 830 ferner konnten die Erben des unschuldigen Ehegatten die Ehescheidungsklage *wegen der vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung* verfolgen, falls der Ehegatte nach fruchtlosem Sühneversuch verstorben. Der § 1933 BGB. ersetzt dies nach Fortfall der Ehescheidungsstrafen durch die Vorschrift, daß das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ausgeschlossen ist, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung *zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte.* Vgl. zu § 1933 und zu §§ 1329, 1342.

---

2. Titel. Verzug des Gläubigers.

§ **293.** Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.[1, 8, 8—10])

§ **294.** Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, thatsächlich angeboten werden.[3, 4, 7, 10]).

§ **295.** Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der

Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.[5, 8, 10])

§ 296. Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das Gleiche gilt, wenn der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt.[6, 8, 10])

§ 297. Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außer Stande ist, die Leistung zu bewirken.[5, 8, 10])

§ 298. Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet.[8, 10])

§ 299. Ist die Leistungszeit nicht bestimmt oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, daß der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat.[8, 10])

§ 300. Der Schuldner hat während des Verzugs des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt.[11, 16—19])

§ 301. Von einer verzinslichen Geldschuld hat der Schuldner während des Verzugs des Gläubigers Zinsen nicht zu entrichten.[12])

§ 302. Hat der Schuldner die Nutzungen eines Gegenstandes herauszugeben oder zu ersetzen, so beschränkt sich seine Verpflichtung während des Verzugs des Gläubigers auf die Nutzungen, welche er zieht.[15])

§ 303. Ist der Schuldner zur Herausgabe eines Grundstücks verpflichtet, so kann er nach dem Eintritte des Verzugs des Gläubigers den Besitz aufgeben. Das Aufgeben muß dem Gläubiger vorher angedroht werden, es sei denn, daß die Androhung unthunlich ist.[17])

§ 304. Der Schuldner kann im Falle des Verzugs des Gläubigers Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte.[17])

Verzug des Gläubigers, mora creditoris. E. I §§ 254 ff. II §§ 243 ff. III §§ 287 ff. ALR. I 16 §§ 15, 22 ff.; 11 §§ 98, 102, 103, 216, 218, 220, 229, 860, 939, 940. SBGB. §§ 746 ff., 1160, 1169—1171. C. c. art. 1257 ff., 1264, 1657, 1788, 1790, 1794, 1799. 1138, 1184, 1961. W. 2 §§ 345, 346. D. P. 2 § 43. Pr. Pr. 2 §§ 73, 151. D. BR. 2 §§ 74—77. Eccius 1 § 105 II. RE. 3 Nr. 260a. Grützmann 2 § 154. Z-Er. 2 § 302. Cr. 2 § 17. Cosack 1 § 106. Endemann 1 §§ 139, 140. Ihering, Jahrb. Bd. 43 S. 141.

I. 1. Der Gläubiger wird immer benachtheiligt, wenn der Schuldner nicht leistet; die Rechtssätze vom Schuldnerverzug gehen darauf aus, dem Gläubiger gegen diesen Nachtheil zu schützen und ihm Ersatz zu schaffen, sie fordern wie grundsätzlich für jede Schadensersatzpflicht, Verschulden des Schuldners. Durch den Verzug des Gläubigers in der Annahme der Leistung und durch die Nichtannahme wird der Schuldner regelmäßig nicht geschädigt; er behält, was er zu leisten hat; der Gläubiger kann auf die Leistung verzichten, sie dem Schuldner erlassen. *Grundsätzlich hat der Schuldner keinen Anspruch darauf, daß der Gläubiger von seinem Rechte Gebrauch mache.* Bei den einseitigen Rechtsverhältnissen, die nur Recht auf der einen Seite, nur Pflicht auf der andern Seite erzeugen, Schenkung § 516, Leihe § 598, Darlehn §§ 607, 610, ist dies klar. Aber auch bei den gegenseitigen Verträgen steht der Schuldner dem säumigen Gläubiger gegenüber anders, als der Gläubiger dem säumigen Schuldner gegenüber, selbst bei solchen Verträgen, bei denen eine Pflicht des Gläubigers zur Annahme der Leistung besteht, der Gläubiger insofern Schuldner ist, wie z. B. beim Kauf und der Werkverdingung, wo das BGB. §§ 433, 640 dem Käufer, Besteller nicht bloß das Recht auf die Kaufsache, das Werk giebt, sondern auch die Pflicht auferlegt, *Sache und das fertige Werk abzunehmen.*

Solche Pflicht besteht aus dem Schuldverhältniß nach dessen Lösung auch für den Pfandschuldner, der dem Pfandgläubiger, für den Vermiether (Verpächter), der dem Miether (Pächter), für den Verleiher, der dem Leiher, für den Kommittenten, der dem Kommissionär die Sache nicht auf dem Halse lassen darf, und in ähnlichen Fällen (Frachtvertrag). Selbst beim Dienstvertrage, namentlich auf dem Gebiete des Handelsrechts (Handlungsgehülfe), besteht zwar kein klagbarer Anspruch auf Abnahme

der Dienste, aber die Nichtannahme der Dienste kann doch nach Treu und Glauben das Recht des Dienstpflichtigen so verletzen, daß er den Vertrag aufheben kann. Wer als Kutscher gemiethet, kann verlangen, daß der Herr Pferde und Wagen hält, ihn nicht bloß zum Schein hält, und der Handlungsgehülfe, der als Buchhalter angenommen ist, kann verlangen, daß der Prinzipal ihn nicht auf der Bärenhaut liegen läßt, ihn etwa ohne Bedarf nur engagirt, damit er nicht von einem Konkurrenten engagirt wird. Ebensowenig läßt sich behaupten, daß der Miether als Gläubiger des Miethsrechts dasselbe nicht auszuüben, sondern nur die Miethe zu zahlen braucht, den gemietheten Raum leer und unbenutzt stehen lassen darf. Noch weniger könnte die Pacht mit solchem Rechtssatz auskommen.

Der innerliche Unterschied zwischen Gläubiger- und Schuldnerverzug liegt nicht darin, daß der Schuldner kein Recht auf Abnahme der Leistung hat; ein Recht auf Lösung des Schuldverhältnisses hat er stets. Wesentlich ist aber, daß der Schuldner dadurch, daß er seine Leistung behält, regelmäßig nicht geschädigt wird, daß es nur darauf ankommt, daß er nicht als Schuldner behandelt wird, wenn der Gläubiger die Leistung nicht abnimmt, obwohl er leisten darf, will und kann. Es ist gerecht und billig, daß der Schuldner, der leisten darf, will und kann, nicht zu seinem Nachtheil als Schuldner behandelt wird; dafür kann es keinen Unterschied machen, ob der Gläubiger, der die Leistung nicht annimmt, verschuldet oder unverschuldet handelt. Auf Schadensersatz sind die Rechtssätze vom Gläubigerverzug nicht gerichtet. Das BGB. hat deshalb abweichend vom ALR. I 11 §§ 98, 101, 102 unter Entscheidung der Kontroverse des gem. und französ. Rechts Verschulden als Voraussetzung des Verzugs auf Seiten des Gläubigers nicht aufgestellt. Die Folge ist, daß der Gläubiger bei gegenseitigen Schuldverhältnissen in Annahmeverzug sein kann, ohne im Verzuge mit seiner Leistung zu sein. Im Uebrigen bringt das BGB. kein neues Recht, sondern kodifizirt die Ergebnisse der gemeinrechtlichen Praxis.

2. Die §§ 293 ff. regeln Voraussetzung, §§ 293—299, Wirkung des Gläubigerverzugs, §§ 300—304, für alle Schuldverhältnisse, auch die des HGB., das den Begriff der mora cr. wie den der mora deb. voraussetzt. Das HGB. II enthält besondere Vorschrift nur in § 373 über den Empfangsverzug des Käufers, läßt in § 374 aber daneben die Befugnisse unberührt, die dem Verkäufer nach dem BGB. bei Annahmeverzug des Käufers zustehn. Auch § 375 HGB. II über die Verpflichtung des Käufers und das Recht des Verkäufers bei dem s. g. Spezifikationskauf gehört hierher, insofern es sich um Mitwirkung des Käufers als Gläubigers zur Erfüllung Seitens des Verkäufers als Schuldners durch die Spezifikation handelt. Eine besondere Vorschrift für den Annahmeverzug des Kommittenten giebt § 389 HGB. II, indem er dem Kommissionär die Rechte des Verkäufers nach § 373 HGB. II giebt, wenn der Kommittent über das Gut pflichtwidrig nicht verfügt. Besondere Vorschriften für das Handelsrecht enthalten ferner die §§ 428, 437 Abs. 2 HGB. II (Frachtgeschäft) und die §§ 585 ff. das. (Seefracht).

Besondere Vorschriften über die Wirkung des Gläubigerverzugs giebt § 264 Abs. 2 bei der Wahlobligation, § 274 Abs. 2 und § 322 Abs. 2, 3 bei Annahmeverzug und Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug und Leistung nach Gegenleistung, § 324 bei dem Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung während Annahme-

verzugs des Andern, § 615 bei Verzug des Dienstberechtigten in Annahme der Dienste, §§ 642, 644 bei Werkverdingung.

II. 3. Der Gläubiger kommt regelmäßig nur in Verzug, wenn ihm die Leistung so, wie er sie zu fordern hat, angeboten wird, und er sie nicht annimmt, obgleich der Schuldner leisten kann, will und darf. §§ 293, 294, 297. Ausnahmsweise bedarf es des Angebots nicht in § 296. Angebot einer Leistung, die der Schuldner zu leisten nicht im Stande, ist ebenso wirkungsloser Schein, wie Angebot einer Leistung, die nicht geschuldet oder nicht mehr geschuldet war, weil das Schuldverhältniß nicht besteht.

4. Angebot. Wie der Schuldner durch Mahnung, so kommt der Gläubiger durch Anbieten in Verzug. Wie die Mahnung muß das Anbieten durch den erfolgen, der zu leisten berechtigt ist und dessen Leistung das Schuldverhältniß löst, d. h. durch den geschäftsfähigen Schuldner, §§ 104 ff., 106 ff., oder dessen Vertreter, oder nach § 267 durch einen Dritten, der für den Schuldner leisten will, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat. §§ 613, 644, 691. §§ 43, 51 I 16 ALR. § 690 SBGB., art. 1237 C. c. Dasselbe gilt, wo ein Dritter nach den §§ 268, 1150, 1249 das Recht hat, den Gläubiger zu befriedigen. Abgesehen von diesem Falle kann der Schuldner widersprechen. Hat der Schuldner vorher widersprochen oder widerspricht er der Leistung durch den Dritten gleichzeitig, oder kann der Gläubiger annehmen, daß der Schuldner widersprechen wird, so kann der Gläubiger die Annahme ablehnen, ohne sich in Verzug zu setzen, und der Verzug ist ebenso ausgeschlossen, wenn der Schuldner auch nur nachträglich widerspricht. Unter Umständen kann Arglist vorliegen, wenn der Schuldner aus dem Angebot des Dritten und dessen Ablehnung Verzug herleiten will.

Wie bei der Mahnung kann wirksames Angebot nur dem geschäftsfähigen Gläubiger, seinem allgemeinen oder zur Annahme der Leistung bestellten Vertreter geschehen. §§ 107, 112, 113, 131, 164 ff., 185, 362. OHG. 15 S. 40, 19 S. 418. HGB. II §§ 49, 54, 56. BGB. §§ 370, 371 Quittungsüberbringer (HGB. I Art. 51, 296). OHG. 15 S. 40, 19 S. 418. Im Falle der Anweisung, § 787 Abs. 1, ist nach § 783 der Angewiesene ermächtigt, an den Assignatar zu leisten, muß ihm also anbieten und den Anweisenden in Verzug setzen können. Wer quittiren oder Quittung aushändigen darf, kann auch annehmen und dem kann angeboten werden. Sind mehrere Schuldner vorhanden und sind sie Gesammtschuldner im Sinne der §§ 421, 427, 431, so kann jeder die Leistung anbieten, § 424; sind sie nicht Gesammtschuldner, so ist § 267 zu beachten. Bei mehreren Gesammtgläubigern, §§ 428, 432, kann jedem der Gläubiger wirksam angeboten werden, § 429; sind die mehreren Gläubiger nicht Gesammtgläubiger, so muß allen angeboten werden, § 432. Regelmäßig muß das Angebot ein thatsächliches sein, § 294; wörtliches Angebot genügt regelmäßig nicht. (Realoblation, Verbaloblation.) Was als thatsächliches Angebot zu gelten, ist konkret zu beurtheilen. Hat der Schuldner zu bringen, so muß er die Leistung so darreichen, daß der Gläubiger nehmen kann. In anderen Fällen bedeutet thatsächliches Angebot nichts, als daß der Schuldner sich und den Gläubiger in die parate Lage setzt, zu leisten und die Leistung entgegenzunehmen, l. 32 pr. D. 22, 1. So bietet der Dienstpflichtige thatsächlich an, wenn er sich an der verabredeten Arbeitsstelle einfindet und die Arbeit fordert, und der Fuhrmann, wenn er zur bestimmten Zeit vorfährt und Ladung fordert; voraus-

gesetzt immer, daß er im Stande ist, die Arbeit zu verrichten und die Ladung mit dem Gespann zu befördern. § 297.

5. Wörtliches Angebot genügt, ist aber auch erforderlich, wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen oder nicht so annehmen, wie er sie zu fordern hat, z. B. die Annahme an unberechtigte Bedingungen geknüpft hat, wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat, wenn der Gläubiger sonst eine Handlung vorzunehmen hat, damit der Schuldner die Leistung bewirken kann. Muß der Gläubiger solche Handlung vornehmen, so gilt die Aufforderung zur Vornahme als Anbieten der Leistung, § 295. Die Natur des Angebots als Mahnung tritt hier recht deutlich hervor. Erforderlich ist aber auch in den Fällen des § 295, daß der Schuldner thatsächlich leisten kann, § 297, was etwas anderes ist, als die Erfüllungsbereitschaft. Angebot und Aufforderung müssen hier nach dem Wortlaut des § 295 und der Natur der Sache von dem Schuldner ausgehen; ein Dritter ist dazu nicht berechtigt. Die Erklärung, nicht annehmen zu wollen, kann auch nur von dem Gläubiger und seinem allgemeinen Vertreter ausgehen, Erklärung eines Dritten, der nicht Gläubiger geworden, nur zur Einziehung, Empfangnahme berechtigt, hat keine Bedeutung. Die Sätze des § 295 sind bisheriges praktisches Recht. Vgl. RG. 1 S. 295, 311. OHG. 4 S. 19, 5 S. 180, 9 S. 265, 10 S. 238, 273; 12 S. 289, 13 S. 57, 16 S. 421.

Daß der Schuldner nicht thatsächlich zu offeriren hat, nachdem der Gläubiger die künftige Annahme der Leistung verweigert hat, ist innerlich begründet, weil dem Schuldner z. B. Ausscheiden, Paratstellen, Lagern, Transportvorbereitung vernünftigerweise nicht zuzumuthen, wenn er der Abnahme nicht sicher ist. Verlangt der Gläubiger dann nachträglich Leistung, so muß er sich Verzögerung in Folge seiner ursprünglichen Ablehnungserklärung als selbstverschuldet gefallen lassen. Vgl. RG. 5 S. 58, 66.

Muß der Gläubiger abholen und meldet sich nicht, und liegt der Fall des § 296 nicht vor, so muß der Schuldner ihn auffordern zu holen, und der Gläubiger geräth mit der Aufforderung in Verzug, wenn der Schuldner zu leisten im Stande und leistungsbereit und die angemessene Frist zur Abholung bereits verstrichen war oder der Gläubiger sich auch in der angemessenen Frist nicht meldet. Ebenso liegt die Sache, wenn der Gläubiger die Leistung abfordern, beordern, Transportmittel (Fahrzeug, Säcke, Arbeiter) gestellen muß. Anders liegt die Sache, wenn die Leistungshandlung ohne die Mitwirkung des Gläubigers nicht zu bewirken, d. h. mehr als die Annahme nöthig ist, z. B. wenn der Gläubiger Material, Maß oder Probe, Waare zum Transport liefern muß, oder wie in StrA. 2 S. 312 die Pacht pro Ruthe bestimmt ist, der Verpächter die Vermessung bewirken soll und trotz Aufforderung nicht bewirkt. Wie weit in solchen Fällen die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners gehen muß, ist nur konkret zu finden. Besonders geartet und geregelt ist der Fall, wo der Gläubiger wählen oder spezifiziren muß. § 264, HGB. II § 375. RG. 30 S. 97, 103.

Das wörtliche Angebot und die Aufforderung durch Rede oder Schrift stehen unter den Regeln der empfangsbedürftigen Willenserklärungen in den §§ 130—132 Satz 1. Auch hier gilt, daß der Gläubiger, der das schriftliche Angebot empfangen, nicht liest, oder den Empfang ablehnt, oder sich der Empfangnahme entzieht oder die

Nichtempfangnahme sonst verschuldet, sich so behandeln lassen muß, als sei Angebot und Aufforderung ihm zugegangen.

6. Eines Angebots bedarf es überhaupt nicht, wenn da, wo der Gläubiger im Sinne des § 295 mitzuwirken hat, die Zeit seiner Handlung kalendermäßig bestimmt ist, von vornherein oder durch Kündigung zu kalendermäßig bestimmbarer Zeit. § 296. Die Vorschrift geht parallel dem Satz dies interpellat pro homine beim Schuldnerverzug. § 284 Abs. 2. Es ist rationell, daß der Schuldner, wenn der Gläubiger am 1. Oktober abzuholen hat, nichts weiter zu thun hat, als am 1. Oktober erfüllungsbereit zu sein, und daß der Gläubiger in Verzug geräth, wenn er sich am 1. Oktober zur Abholung nicht meldet, obwohl der Schuldner leisten wollte und konnte. Dasselbe gilt unter der gleichen Voraussetzung, wenn der Gläubiger eine andere Handlung vorzunehmen hat, um die Leistung zu ermöglichen, der Schuldner seinerseits nicht vorher thätig zu sein braucht.

7. Das Angebot muß dem Gläubiger die Leistung bieten, die er zu fordern hat, § 294, und wie sie der Schuldner gemäß Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bewirken hat. § 242. Das Angebot muß wie die Mahnung dem Schuldverhältniß entsprechen, am gehörigen Ort, §§ 269, 270 (HGB. I Art. 324, 325, 336), zur gehörigen Zeit, §§ 271 ff., die vollständige Leistung bieten, bei mehreren Forderungen die Leistung auf diejenige Forderung, deren Befriedigung nach §§ 366, 367 zuerst gefordert werden kann. Regelmäßig muß die Leistung fällig sein; kann der Schuldner nach § 271 Abs. 2 vor der Fälligkeit leisten, so führt er die Fälligkeit durch das Anbieten herbei. Bei Bringschulden muß der Schuldner sich am Ort der Leistung einfinden, bei Holschulden der Gläubiger.

Vollständiges Angebot ist, wenn angeboten, was der Gläubiger zu fordern hat und nehmen muß, nicht mehr, nicht weniger; ein aliud braucht der Gläubiger nicht zu nehmen (kein benefic. dat. in sol., §§ 362, 364). Theilleistung braucht der Gläubiger nicht zu nehmen, § 266, RG. 4 S. 7, OHG. 5 S. 107 (Art. 38 WO. macht eine Ausnahme), also auch nicht eine von mehreren für einen Gesammtpreis gekauften Sachen, OHG. 9 S. 265, 25 S. 256, wenn nicht vertragsmäßig in Theilen zu liefern. Nach §§ 242, 320 Abs. 2 ist aber bei Angebot von weniger und mehr ebenso wie für Ort und Zeit des Angebots zu prüfen, ob Treu und Glauben im Verkehr das Angebot rechtfertigen oder nicht. Vgl. unter 3. l. 91 § 3 D. 45, 1. RG. 33 S. 54. In diesem Falle handelte es sich um Lieferung zur Deckung laufenden Bedarfs im Laufe eines Jahres in regelmäßigen Theillieferungen. In solchem Falle würde das Angebot des Ganzen am Ende des Jahres dem Vertrage und Treu und Glauben widersprechen und die Ablehnung den Verzug nicht begründen, ebenso wie in RG. 14 S. 105, 108 das Angebot der Schuld für wirksam erachtet ist, obwohl der geringfügige Betrag von 3 Mk. Zinsen fehlte. Kein Angebot der Leistung ist Angebot unter Vorbehalt der Rückforderung, weil das nicht Angebot der Erfüllung ist, §§ 158 Abs. 2, 362, 363. RE. 3 Nr. 259. StrA. 81 S. 199. OHG. 19 S. 323. RG. 7 S. 182, 185.

8. Nichtannahme. § 293. Bei gehörigem Angebot und Leistungsvermögen des Schuldners liegt Nichtannahme vor, wenn der Gläubiger die Annahme ablehnt oder das Angebot nicht annimmt, oder der Aufforderung in § 295 Satz 2 nicht folgt, oder nur unter unberechtigtem Vorbehalt annehmen will, d. h. im Allgemeinen: wenn er den Schuldner nicht in die Lage versetzt, die Leistung vor=

zunehmen und die Leistung loszuwerden. Der Gläubiger nimmt in diesem Sinne nicht an, wenn er sich nicht antreffen läßt, wenn er sich nach Angebot (Aufforderung) oder im Falle § 296 ohne Angebot am Abholungsort nicht einfindet, z. B. der Vermiether findet sich im Miethshause zur Abholung der Miethe nicht ein, obwohl nach der Willensmeinung der Parteien dort zu zahlen, ObTr. 24 S. 411, RE. 3 Nr. 260a. OHG. 4 S. 20, 5 S. 290, 16 S. 422. ObTr. 41 S. 30.

Nichtannahme liegt auch vor, wenn der Gläubiger durch einen nicht legitimirten Vertreter annehmen will, und wenn der legitimirte Vertreter ablehnt. Daß der zur Empfangnahme Bevollmächtigte, Ermächtigte nicht zugleich Vollmacht zur Ablehnung habe, ist so nicht zu sagen, auch nicht entscheidend. Vgl. zu § 295. § 278. OHG. 15 S. 41, 19 S. 418. (Haftung einer Versicherungsgesellschaft für mora acc. der Agentur.) Der Gläubiger setzt den Schuldner außer Stande zu leisten und ist deshalb wie nach bisherigem Recht im Verzuge auch dann, wenn er seinerseits gegen die Leistung des Schuldners etwas zu leisten hat und seine Leistung auf Verlangen des Schuldners nicht anbietet. § 298, § 295. SBGB. § 747. l. 135 § 2 D. 45, 1. l. 13 § 8 D. 19, 1. ALR. I 5 §§ 271, 272. Auch diese Fälle stehen unter dem allgemeinen Gesichtspunkte, daß der Gläubiger in Verzug geräth, wenn er die zur Leistung erforderliche Mitwirkung unterläßt. C. c. art. 1794, 1799. Zu beachten ist hier aber, daß der Gläubiger bei Angebot der Leistung durch einen Dritten im Falle des § 267 Abs. 1 diesem Dritten zu leisten nicht verpflichtet ist, wenn dieser nicht durch Abtretung Gläubiger geworden oder zur Empfangnahme legitimirt ist. In den Fällen der §§ 268, 1144, 1145 ist dies anders.

Im Verzug ist der Gläubiger auch dann, wenn er vorzuleisten hat und auf Anbieten der Leistung des Schuldners die verlangte Vorleistung nicht anbietet; denn auch hier ist Zug um Zug zu leisten. Zug um Zug zu leisten ist nicht bloß bei gegenseitigen Verträgen, aus denen die Pflicht zur Leistung und Gegenleistung entsteht, sondern auch überall, wo der Gläubiger gegen die Leistung eine Pflicht anderer Art hat, z. B. zu quittiren, den Schuldschein, die Schuldverschreibung auszuhändigen hat, §§ 369, 370, 371, 797, 1144, 1192; Art. 39 WO.; ObTr. 62 S. 127, StrA. 62 S. 350, Ansprüche abzutreten, Verwendungen zu erstatten, Wegnahme zu dulden hat, kurz in allen Fällen des Zurückbehaltungsrechts. §§ 273, 274 Abs. 1. §§ 255, 258, 280 Abs. 2, 601, 670, 693, 699, 994, 1000, 1003, 1049. Fälle, in denen der Gläubiger in Verzug geräth, weil er gegen Treu und Glauben nicht annimmt, sind schon oben angegeben. Dahin gehört auch der Fall ObTr. 70 S. 338, wo der Gläubiger die in Silber und Papiergeld angebotene Zahlung ohne Angabe eines Grundes ablehnte, obwohl er bis dahin stets Papier angenommen hatte.

Der in OHG. 24 S. 64 nach gem. R. entschiedene Fall würde auch nach BGB. so zu entscheiden sein. Der Spieler hatte den Betrag für das Loos dem Lotteriekollekteur mit Postanweisung eingesandt, ohne sich als Absender anzugeben, so daß der Kollekteur den Betrag auf ein anderes Loos gutschrieb. Als das Loos des Spielers mit Gewinn gezogen wurde, theilte der Spieler dem Kollekteur die Einsendung des Betrages mit, der Kollekteur verweigerte aber die Auszahlung des Gewinns, weil er in Folge schlechter Buchführung die stattgehabte Einsendung nicht ermitteln konnte. Die Zahlung wurde im Prozeß erwiesen und auf Zahlung des Gewinns erkannt, weil das ursprünglich nicht perfekte Zahlungsgeschäft durch die spätere

Mittheilung des Spielers perfekt geworden und der Kollekteur dadurch in Annahmeverzug gerathen war, daß er die erfolgte Zahlung nicht hatte ermitteln können. Nach BGB. würde es auf Verschulden des Kollekteurs bei der Nichtannahme nicht ankommen. Solch Verschulden fordert das BGB., wie bereits bemerkt, nicht. Die Nichtannahme braucht nicht widerrechtlich zu sein.

Selbst Unmöglichkeit der Annahme oder Unmöglichkeit der geforderten Gegenleistung beseitigt den Verzug nicht, wenn der Schuldner sie nicht durch seinen Verzug oder sein Verschulden herbeigeführt hat und das Schuldverhältniß dadurch gelöst oder so gestaltet ist, daß die angebotene Leistung für den Gläubiger nicht mehr die Leistung ist, die er zu fordern hat. Nur der Schuldnerverzug des Gläubigers, der zugleich Schuldner einer Gegenleistung, steht unter den Regeln jedes Schuldnerverzugs, ist aber unabhängig vom Gläubigerverzug. Es ist unerheblich, ob der Gläubiger genöthigt war, abwesend zu sein oder verhindert war, anwesend zu sein, sich einzufinden oder sonst mitzuwirken oder ob er nicht angenommen hat, weil er sich in thatsächlichem oder rechtlichem Irrthum befand. In allen diesen Fällen liegt es immer am Gläubiger, daß er nicht annimmt. In dem von Dernburg, Pr. Pr. 2 § 73 unter I 3 erwähnten Falle, wo der Schuldner von dem der Gläubiger holen muß, von dem Verkehr durch Belagerung, Ueberschwemmung oder sonst abgeschnitten ist, liegt auch nach dem BGB. kein Gläubigerverzug (auch kein Schuldnerverzug) vor, nicht, weil der Gläubiger nicht im Verschulden, sondern weil es nicht an ihm liegt, daß er nicht holt, vielmehr für beide Theile die thatsächliche Unmöglichkeit besteht, eine Lage herbeizuführen, in welcher die Leistung des Schuldners erfolgen und angenommen werden kann. § 297. Kann dem Gläubiger nicht einmal angeboten werden, weil er vom Verkehr abgesperrt ist, so kann er auch nicht in Verzug gesetzt werden. In diesem Falle sorgt § 372 für den Schuldner.

Nur im Falle des § 299 entschuldigt das BGB. aus Gründen der Billigkeit unverschuldete vorübergehende Verhinderung des Gläubigers an der Annahme. Wenn die Leistungszeit unbestimmt oder der Schuldner nach § 271 Abs. 2 berechtigt ist, vor der bestimmten Zeit zu leisten, soll der Gläubiger durch das Angebot nicht überrascht werden, der Schuldner sie eine angemessene Zeit vor dem thatsächlichen Angebot ankündigen und sich ohnedies auf das Angebot nicht berufen dürfen, wenn der Gläubiger vorübergehend an der Annahme verhindert ist.

Wer vor der bestimmten Zeit leisten darf und sich ohne Ankündigung vor der Zeit meldet, oder ohne Ankündigung eine Arbeit vornehmen will, für die ihm Zeit gelassen, kann dem Gläubiger nicht vorwerfen, daß er nicht zu Hause oder die erforderlichen Vorbereitungen nicht getroffen hat. So lag z. B. OHG. 9 S. 269, wo der Käufer in bestimmter Frist abzunehmen und zu zahlen, nach der Abrede Tag und Stunde zu bestimmen hatte; wenn er sich nicht rechtzeitig vorher anmeldet, kann er weder Lieferungs- noch Annahmeverzug darauf stützen, daß er bei der Meldung den Verkäufer nicht anwesend getroffen, ebenso in gleichem Falle der Verkäufer nicht darauf, daß der Käufer, der 1000 Ctr. Kohlen abzunehmen hat, die angebotene Waare nicht sofort unterbringen, lagern kann, weil er den erforderlichen Raum nicht frei gemacht hat. Selbstverständlich ist, daß der Gläubiger sich nach Ablauf der bestimmten Zeit nicht darauf berufen kann, daß der Schuldner früher hätte leisten können und deshalb hätte ankündigen müssen.

Auch andere Fälle, wo der Schuldner anbieten muß und nicht anbieten kann, gehören nicht hierher. Wenn der Schuldner den Gläubiger nicht angehen kann, weil er den Gläubiger nicht kennt, über seine Person ungewiß ist, der Gläubiger sich, ohne für Vertretung zu sorgen, entfernt hat und sein Aufenthaltsort unbekannt ist, der Gläubiger verstorben ist und seine Erben unbekannt sind, sorgt das BGB. § 372 Satz 2 (§ 383 Abs. 1 Satz 2) dafür, daß er wenigstens seine Leistung los werden kann. Gleiche Fürsorge trifft HGB. I Art. 407, HGB. II § 437 beim Frachtvertrage. Vgl. auch § 75 (72) CPO., wo auch der Schuldner durch das Auftreten des dritten Prätendenten ebenfalls in Zweifel über die Berechtigung des klagenden Gläubigers versetzt sein kann.

9. purgatio morae. Darüber sagt das BGB. nichts. Der § 262 Entw. I ließ die mora creditoris für die Zukunft mit dem Zeitpunkt aufhören, wo der Gläubiger das Versäumte nachgeholt (z. B. nachträglich spezifizirt hat, HGB. II § 375 Abs. 2, RG. 37 S. 24) und sich zugleich zum Ersatz der dem Schuldner erwachsenen Aufwendungen, § 304, bereit erklärt hat. SBGB. § 752. Bei Holschuld muß der Gläubiger holen, bei Bringschuld muß er auch im Falle § 284 Abs. 2 mahnen. § 284 Abs. 1, § 285. Daß die Bringschuld sich durch Verzug des Gläubigers in eine Holschuld verwandelt, ist nicht anzunehmen, § 304. Daß die Holschuld unverändert bleibt, versteht sich von selbst. Selbstverständlich ist, daß der Gläubiger, wenn er zugleich im Erfüllungsverzuge bezüglich der Gegenleistung, dem Schuldner auch die Folgen dieses Verzugs ausgleichen muß, ferner daß der Verzug fortfällt, wenn der Schuldner deshalb befugt zurückgetreten ist, OHG. 9 S. 343, 14 S. 393, eine zu erfüllende und anzunehmende Schuldverbindlichkeit nicht mehr besteht, oder wenn das Schuldverhältniß gemäß §§ 372 ff, 383 ff. zur Aufhebung gebracht ist. C. c. art. 1260, 1794. BGB. § 615. Ebenso wie nach ALR. I 16 § 24 fällt der Verzug ferner fort, wenn der Schuldner in Verzug geräth, wenn die Parteien durch Vertrag über den Verzug und dessen Folgen sich geeinigt haben, z. B. übereingekommen sind, daß die Schuld weiter stehen bleiben soll.

10. Beweislast. Nach der Natur der Sache hat der Schuldner das gehörige Angebot der Leistung, Ablehnung und Nichtannahme, im Falle des § 295 deshalb die Erklärung des Gläubigers, er werde nicht annehmen, die Aufforderung und daß der Gläubiger die erforderliche Handlung unterlassen hat, in § 298 Angebot und Verlangen der Gegenleistung zu beweisen. In § 299 hat der Schuldner das Angebot, der Gläubiger das Hinderniß, der Schuldner die Ankündigung zu beweisen. Die Rechtfertigung der Nichtannahme im Falle des § 297, das Unvermögen des Schuldners hat immer der Gläubiger zu beweisen.

III. Wirkungen des Verzugs. **11.** Die Vorschriften der §§ 300—304 stehen wie wesentlich in allen Rechten unter dem allgemeinen Gesichtspunkt, daß der Schuldner durch den Verzug des Gläubigers nicht befreit, die Schuld aber nicht zu seinem Nachtheil als nicht getilgt gilt. Befreiung von der Schuld tritt nur dann ein, wenn durch den Verzug des Gläubigers dem Schuldner die Leistung unmöglich gemacht oder die Sache so gestaltet wird, daß spätere Leistung nicht mehr die geschuldete Leistung sein würde. Bei Gesammtschuldverhältnissen auf aktiver oder passiver Seite oder beiden Seiten tritt diese Wirkung gegen alle Gläubiger und für alle Schuldner ein. §§ 424, 429, 431.

12. Daraus, daß der Gläubiger zum Nachtheil des Schuldners die Nichtleistung nicht geltend machen kann, folgt logisch, daß der Schuldner nicht in Verzug geräth oder sein früherer Verzug fortfällt, Verzugszinsen deshalb nicht oder nicht weiter zu zahlen sind. Dazu bedurfte es keiner ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung. Der § 301 geht aber, abweichend vom gem. und Preuß. R., l. 28 § 1 D. 26, 7, ALR. I 16 § 229, in Uebereinstimmung mit SBGB. § 750 weiter. Mit dem Verzuge des Gläubigers fallen bei verzinslichen Geldschulden nicht bloß Verzugs-, sondern die Zinsen überhaupt fort, mögen sie auf Vertrag oder Gesetz, z. B. § 291 (Rechtshängigkeit) beruhen, die vorbedungenen aus dem nicht abzuweisenden Grunde, daß der Schuldner das zur Leistung flüssig gemachte Kapital möglicherweise ungenutzt liegen lassen muß. Bei anderen als Geldschulden kommt Verzinsung kaum vor und trifft der Grund nicht zu, § 301 ist deshalb analog nicht auszudehnen. Der gute Grund des § 301 fällt ganz fort, wenn der Schuldner das Kapital nicht flüssig gemacht hat, weil die Abnahme von vornherein abgelehnt war; wenn der Schuldner das Geld sofort wieder angelegt hat, und wenn er im § 452 in Folge § 301 das Kaufgeld nicht zu verzinsen hat, das Kaufgeld anlegt und daneben die Nutzungen der Kaufsache behält, erweist sich § 301 als zu weitgehend. Soll der Schuldner nach § 301 die Zinsen behalten, so läßt sich ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen ihn nach §§ 812 ff. nicht begründen; von Anwendung des § 302 kann nicht die Rede sein.

13. Da die Nichtleistung nicht als solche gilt, fallen mit dem Verzuge des Gläubigers alle Folgen fort, die durch Gesetz oder Vertrag an die Nichtleistung geknüpft sind: die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu zahlen, CPO. § 93 (89), die Vertragsstrafe §§ 339 ff., die Rechtsverwirkung (lex commissoria) in § 360, der sonst an die Nichtleistung geknüpfte Rechtsverlust, z. B. der Verlust der Rechte aus der Versicherung bei Nichtzahlung der Prämie, RG. 1 S. 196, das Kündigungsrecht des Vermiethers in § 554, das Zurückbehaltungsrecht des Vermiethers in §§ 559, 561. Der Gläubiger verliert sein Pfandrecht nicht, aber der Pfandverkauf, §§ 1228 ff., braucht vom Schuldner als solcher nicht anerkannt zu werden, ist rechtswidrig und verpflichtet zum Schadensersatz, wenn er, während der Gläubiger im Verzuge, vorgenommen wird.

14. Alle Rechte, die in ihrer Entstehung oder Wirksamkeit für den Schuldner durch die Leistung bedingt sind, entstehen und werden wirksam ohne die Leistung, wenn der Gläubiger im Annahmeverzuge ist. Wer vorzuleisten hat und deshalb ohne Vorleistung nicht auf Leistung klagen kann, hat die Klage auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung, sobald der Gegner im Annahmeverzuge. § 322 Abs. 2, l. 135 § 2 D. 45, 1. l. 17 § 8 D. 19, 1. Wenn der Schuldner zur Leistung Zug um Zug gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung verurtheilt ist, hat der Gläubiger das Recht, die Leistung durch Zwangsvollstreckung ohne Bewirkung seiner Leistung beizutreiben, sobald der Schuldner im Annahmeverzuge ist. § 274 Abs. 2. CPO. §§ 726 Abs. 2, 894 Abs. 1. Darum hat nach § 815 der Dienstberechtigte die nicht geleisteten Dienste zu bezahlen, wenn er im Annahmeverzug war und die Dienste in Folge dessen nicht geleistet sind (abzüglich dessen, was der Dienstverpflichtete erspart oder anderweit verdient hat); ebenso nach § 649 der Besteller die Vergütung für das nicht vollendete Werk, wenn er vor der Vollendung die Be-

stellung zurückgenommen hat, und der Miether zahlt den Zins für die Wohnung, die er nicht bezogen hat, obgleich sie ihm angeboten ist und offen stand. § 552. Vgl. C. c. art. 1794, 1799.

15. Im Zusammenhang damit steht der Rechtssatz des § 302. Der Schuldner, der an und für sich verpflichtet ist, Nutzungen eines Gegenstandes (§ 100) zu ziehen und die zu ersetzen, die er nicht gezogen hat, wie der Besitzer im Falle der §§ 292, 987, 990, der Ehemann im Falle § 1422, hat nur noch die wirklich gezogenen herauszugeben, sobald der Gläubiger im Verzuge der Annahme, da von da ab für den Schuldner eine Verpflichtung zur Ziehung von Nutzungen und Aufwendungen dazu nicht mehr besteht. Deshalb bezahlt z. B. auch der Miether, dem der Vermiether die Wohnung nicht abnimmt und der in Folge dessen darin bleibt, bis zur Abnahme nicht Miethe, sondern nur, was er wirklich erspart hat. Ebenso kann der Satz des § 302 zur Anwendung kommen, wenn dem Depositar oder Mandatar der Gegenstand, den er herauszugeben hat, oder dem Verkäufer nach der Eintragung des Käufers als Eigenthümer die Kaufsache zur bestimmten Zeit nicht abgenommen wird. § 446 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2.

16. Die Gefahr der Obligation geht wie nach gem. und allen anderen Rechten auf den Gläubiger über, d. h. der Schuldner haftet nur noch wegen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, nicht mehr für jede Fahrlässigkeit, § 276, § 280, und für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, HGB. II § 347, nicht für Zufall, wenn er bis dahin die Gefahr trug. § 300. l. 9 D. 24, 3, l. 84 § 3 D. 30, 1, l. 72 pr. D. 46, 3, l. 105 D. 45, 1. ALR. I 11 §§ 98, 102, 103, 213 ff., 860, 939, 940. SBGB. § 750. C. c. art. 1136, 1137, 1788, 1790, 1257, 1258. Die logische Folge ist, daß der Schuldner befreit wird, wenn nach dem Annahmeverzug die Leistung (Sache, Recht, Handlung) ohne seine Schuld objektiv oder subjektiv unmöglich wird oder untergeht, und daß er gleichwohl das Recht auf die Gegenleistung behält. § 324 Abs. 2, § 644. OHG. 19 S. 301, RG. 13 S. 21. So zahlt der Käufer den Kaufpreis für die Sache, die durch Feuer vernichtet oder verschlechtert wird, nachdem sie ihm ordnungsmäßig angeboten und von ihm nicht abgenommen war, obwohl nach § 446 Abs. 1 Satz 1 die Gefahr grundsätzlich mit der Uebergabe auf ihn übergeht; er wird so behandelt, als sei übergeben.

Nach § 243 Abs. 2 und § 300 Abs. 2 gilt dasselbe auch bei Schuld einer Sache aus einer Gattung, vorausgesetzt, daß die aus der Gattung ausgeschiedene und angebotene Sache nicht angenommen ist. Vor der Ausscheidung muß § 279 zur Anwendung kommen, da vorher von einer angebotenen Sache nicht die Rede sein kann. Entw. I § 257 Abs. 2 formulirte so ausdrücklich. In den Fällen der §§ 295, 296 tritt deshalb durch das einfache wörtliche Angebot und ohne jedes Angebot zwar Verzug ein, aber Uebergang der Gefahr ist nach § 279 nur bei species denkbar, d. h. wenn die Sache ausgeschieden war und sobald sie ausgeschieden. In RG. 5 S. 58, 66 ist das Gegentheil nicht gesagt, nur die Möglichkeit des Annahmeverzugs bei Kohlenlieferungen vor Förderung der Kohlen angenommen in einem Falle, wo der Käufer die Lieferung zu beordern und nicht beordert hatte, auch nach BGB. nach § 295 Verzug ohne Förderung eintreten konnte. Vgl. Dernburg, Pr. Pr. 2 § 73 Anm. 13 (das vergeblich angebotene Geld wird dem Schuldner auf dem Rückwege geraubt).

Die Befreiung des Schuldners tritt als Folge des Annahmeverzugs des Gläu-

bigers, wie oben bereits erwähnt, auch dann ein, wenn ihm in Folge des Verzugs die Leistung nicht mehr zugemuthet werden kann, weil sie eine andere sein würde. Der aus dem Ausgedinge Verpflichtete, der täglich gewisse Naturalien zu liefern hat, kann z. B. dadurch, daß der Berechtigte nicht fordert, nicht annimmt, sich entfernt hat, in die Lage kommen, nicht erfüllen zu können, weil die Nachlieferung großer Quantitäten für längere Zeit eine andere Leistung als die vertragsmäßige ist. Dann kann der Ausgedinger beim Mangel von Schuldnerverzug auch nicht das Interesse fordern, höchstens die Bereicherung. RE. 2 Nr. 208 Erk. e. StrA. 12 S. 327.

17. Da der Schuldner durch den Annahmeverzug an sich nicht befreit wird, hat er gemäß § 300 Abs. 1 den Gegenstand der Leistung aufzubewahren und zu erhalten, vgl. HGB. I Art. 343, HGB. II § 373, § 379, § 389, § 437. Dafür hat er nach § 304 aber auch Ersatz zu fordern, ebenso wie für die Mehraufwendungen, die dadurch nothwendig geworden sind, daß das Angebot erfolglos war, der Schuldner hat warten und die Sache wieder hat mitnehmen oder noch einmal hat anbieten müssen. Vgl. § 642 Abs. 1. RG. 40 S. 53, 45 S. 300 (Kosten für Standgeld, Lagergeld, Wagenmiethe; Verkauf nicht abgenommener Kohlen auf Grund des Betriebsreglements durch die Eisenbahn, auf der in Folge der Nichtannahme die Waggons stehen geblieben waren). Um Geschäftsführung handelt es sich dabei nicht; der § 682 kommt deshalb nicht zur Anwendung. Der Ersatz wird verfolgt durch Zurückbehaltung der Leistung bis zur Befriedigung wegen des Anspruchs, §§ 273, 274, oder durch selbständige Klage. Andere Schadensansprüche billigt das BGB. dem Schuldner nicht zu, z. B. also nicht für Schaden, den die Sache ihm zufügt, nachdem sie nicht abgenommen. Im Falle der Nichtannahme geforderten und versprochenen Darlehns, § 610, läßt sich der Ersatz, den der Versprecher des Darlehns dafür billig fordern kann, daß er das Geld flüssig gemacht und ungenutzt hat liegen lassen müssen, aus § 304 begründen.

Fortwerfen, preisgeben darf der Schuldner die geschuldete bewegliche Sache nicht. Vgl. ALR. I 11 § 119. l. 1 § 3 D. 18, 6. SBGB. §§ 757, 1262. C. c. art. 1136, 1137. OHG. 14 S. 293, 19 S. 91. HGB. I Art. 343, II § 373. Das Gesetz hilft ihm hier durch das Recht der Hinterlegung und des Verkaufs.

Nur bei Grundstücken ist der Schuldner, der es herauszugeben, d. h. zu leisten oder zurückzugeben hat (Verkäufer, Pächter), berechtigt, den Besitz aufzugeben, sobald der Gläubiger in Verzug gerathen. Die Aufgabe des Besitzes muß vorher dem Gläubiger angedroht werden, falls dies nicht unthunlich ist. Die Androhung hat eine Bedeutung nur, wenn sie dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Nachholung der Abnahme setzt; unthunlich kann sie sein, wenn der Gläubiger nicht zu erlangen, oder nur mit Kosten und Schwierigkeiten, wenn die Umstände dem Schuldner die Besitzaufgabe ohne Androhung gebieten, dem Schuldner die Besitzerhaltung nicht zuzumuthen ist, z. B. weil er verziehen, verreisen muß. Alles dies hat der Schuldner wie den Verzug erforderlichenfalls zu beweisen. Die Wirkung der gerechtfertigten Besitzaufgabe gestaltet sich verschieden. Ist der Besitzer nicht Eigenthümer, wie der Pächter, Verwalter, so ist er von seiner Verpflichtung frei. Das tritt nicht ein, wenn die Besitzaufgabe ungerechtfertigt war. Ist er Eigenthümer wie der Verkäufer vor der Eintragung des Käufers (Gläubigers) als Eigenthümer, so gilt die Besitzerledigung als erfolgt und die Pflicht zur Uebergabe als erfüllt; bestehen bleibt natürlich die Pflicht zur Eigenthumsübertragung, und ist der aufgegebene Besitz wieder ergriffen, so wacht auch die Pflicht zur Uebergabe, Rückgabe wieder auf.

Die Vorschrift ist zweischneidig und von zweifelhaftem Werth, mit geordneten Zuständen nicht recht verträglich. Auf bewegliche Sachen, die sich auf dem Grundstück befinden, kann sie nicht ausgedehnt werden; diese, z. B. das Pachtinventar, dürfen nicht dem Verderben überlassen, sondern müssen aufbewahrt oder sonst für sie gesorgt werden.

18. Bei beweglichen Sachen eröffnet das Gesetz dem Schuldner bei Verzug des Gläubigers zwei Wege, sich von der Last der Aufbewahrung zu befreien und seine Befreiung von der Schuld herbeizuführen: das Recht der Hinterlegung und des Verkaufs (Selbsthilfeverkaufs). §§ 372 ff., 383 ff. Vgl. Art. 40 WO., der den Wechselschuldner nach Ablauf der Protestfrist berechtigt, die Wechselsumme auf Gefahr und Kosten des Wechselinhabers bei Gericht oder einer anderen zur Annahme von Depositen ermächtigten Behörde oder Anstalt niederzulegen. Hierüber ist hier nur folgendes zu bemerken:

a. Hinterlegung. §§ 372–382. Nach § 372 kann der Schuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers Geld, Werthpapiere, sonstige Urkunden und Kostbarkeiten hinterlegen, andere Sachen dann, wenn die durch Art. 146 EG. aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Bestimmungen die Hinterlegung zulassen. Vgl. HGB. II §§ 373, 389, 437 Abs. 2, 454. Die Hinterlegung befreit den Schuldner von der Schuld nur, wenn gemäß § 376 die Rücknahme ausgeschlossen ist, § 373; sonst befreit die Hinterlegung den Schuldner nur von der Aufbewahrungspflicht, § 379. Das Nähere vgl. zu §§ 372 ff.

b. Das Verkaufsrecht bei Sachen, die sich zur Hinterlegung nicht eignen, ist dem Art. 343 HGB. I nachgebildet, §§ 383 ff., der Verkauf hat aber nicht die Natur des Selbsthilfeverkaufs, sondern dient nur dazu, den Schuldner durch die Hinterlegung des Erlöses so zu befreien, als hätte er die Sache hinterlegt. Das Nähere ist zu §§ 383 ff. zu erörtern.

19. Ueber den Gläubigerverzug bei Wahlobligation vgl. oben zu §§ 262—265. Vgl. auch zu §§ 326, 642, 643, 433 ff. Der Satz § 751 des SBGB., daß der Schuldner bei Verzug des Gläubigers einer Forderung auf vertretbare Sachen befugt, entweder die Sache zu leisten und die Differenz zu fordern, wenn der Werth nach dem Verzuge gestiegen ist, oder den Werth zur Zeit und am Ort der schuldigen Erfüllung zu leisten, ist nicht aufgenommen. Ebenso ist § 860 I 11 ALR. nicht aufgenommen, wonach beim uneigentlichen Darlehen der Schuldner dem Gläubiger im Verzuge gegenüber das Recht hat, die Sache selbst zu geben oder deren Werth zur Zeit der verabredeten Rücklieferung zu entrichten. §§ 607 ff.

---

2. Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

1. Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags.

§ 305. Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Betheiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt.[1–8])

§ 306. Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.[4—9])

§ 307. Wer bei der Schließung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Theil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Theil an der Gültigkeit des Vertrags hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Theil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur theilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Theiles gültig ist oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist.[5])

§ 308. Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrags nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird.

Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird.[6])

§ 309. Verstößt ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot, so finden die Vorschriften der §§ 307, 308 entsprechende Anwendung.[7])

§ 310. Ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchtheil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, ist nichtig.[10, 11])

§ 311. Ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchtheil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.[12])

§ 312. Ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten ist nichtig. Das Gleiche gilt von einem Vertrag über den Pflichttheil oder ein Vermächtniß aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbtheil oder den Pflichttheil eines von ihnen geschlossen wird. Ein solcher Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.[13])

§ 313. Ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.[14, 15])

§ 314. Verpflichtet sich Jemand zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache.[16])

§ 315. Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.

Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile.

Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Theil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urtheil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.[17—22])

§ 316. Ist der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt, so steht die Bestimmung im Zweifel demjenigen Theile zu, welcher die Gegenleistung zu fordern hat.[19])

§ 317. Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach billigem Ermessen zu treffen ist.

Soll die Bestimmung durch mehrere Dritte erfolgen, so ist im Zweifel Uebereinstimmung aller erforderlich; soll eine Summe bestimmt werden, so ist, wenn verschiedene Summen bestimmt werden, im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend.[20—22])

§ 318. Die einem Dritten überlassene Bestimmung der Leistung erfolgt durch Erklärung gegenüber einem der Vertragschließenden.

Die Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrthums, Drohung oder arglistiger Täuschung steht nur den Vertragschließenden zu; Anfechtungsgegner ist der andere Theil. Die Anfechtung muß unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erlangt hat. Sie ist ausgeschlossen, wenn dreißig Jahre verstrichen sind, nachdem die Bestimmung getroffen worden ist.[21])

§ 319. Soll der Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urtheil; das Gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert.

Soll der Dritte die Bestimmung nach freiem Belieben treffen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert.[21, 22])

Schuldverhältniß aus Verträgen. Inhalt. §§ 305—319. Entw. I §§ 342—358. II §§ 259—270. III §§ 299—313. — W. 2 §§ 253, 254; 304, 305 ff., 314, 315; 318, 319 (causa). D. BR. 2 §§ 78 ff., 85—87; 88—90 (causa). Endemann 1 §§ 95, 102 ff.; 108. Cosack 1 §§ 84 ff., 167. Crome 1 § 31 (causa).

I. 1. Begriff, Abschluß, Form des Vertrages und Vertragsschluß durch einen Anderen (Stellvertretung) sind im Allgem. Theil zu §§ 145—157, 125—129, 164 ff. BGB. erörtert. Bd. 1 S. 152, 205, 209, 211, 221, 224, 231, 232, 249 ff. Dort ist bereits hingewiesen auf die aus der Natur des Vertrages sich ergebenden Erfordernisse der Bestimmtheit (Bestimmbarkeit) der Personen und des Gegenstandes. Zu dem Bd. 1 S. 224 behandelten Falle der vorbehaltenen Bestimmung (Aufgabe) des Käufers oder Verkäufers vgl. jetzt § 95 HGB. II, der für den so abschließenden Handelsmäkler unter Umständen eine eigene Verpflichtung auf Erfüllung entstehen läßt. Ueber Gegenstand und Inhalt des Vertrages und zwei besonders wichtige Vertragskategorieen, die gegenseitigen und die Verträge über Leistung an einen Dritten enthalten die §§ 306—313, die §§ 315—319 (Bestimmung des Inhalts), die §§ 320 ff. (gegens. V.), die §§ 328 ff. dieses Abschnitts (Leistung an Dritte) Vorschriften. Die wichtige Regelung des Verhältnisses bei Mehrheit der Subjekte des Vertrages ist in den letzten (6. Abschn.) des allgemeinen Theils der Schuldverhältnisse verwiesen. §§ 420 ff. In diesen Vorschriften kommt auch der im BGB. stillschweigend vorausgesetzte Begriff der Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Leistung zur praktischen Bedeutung. §§ 420, 427, 431, 432. Vgl. § 1109 (theilb. Reallast) und über theilbare Gegenstände zu §§ 94 ff., 752, 1477, 1498, 1546 Abs. 2, 1549.

Vorausgesetzt ist die Scheidung der Verträge in einseitige und zweiseitige (vollkommen und unvollkommen gegenseitige), lästige und wohlthätige, unter Lebenden und von Todes wegen, den begründenden abändernden, liberatorischen Verträgen. Vorausgesetzt ist auch die Scheidung in abstrakte und kausale Verträge, Verträge, die durch das Versprechen und dessen Annahme allein (abstrakt) wirken sollen, und solche, die den Bestimmungsgrund, die materielle causa debendi, den Rechtsgrund, durch den der Vertrag individualisirt wird, enthalten. Zu ersteren können, wie bereits Bd. 1 S. 206 hervorgehoben, die Fälle des sog. dinglichen Vertrages in den §§ 873, 880, 925, 926, 929, 1032, 1116, 1205, 1260 (Uebergabe, Auflassung, Prioritätseinräumung u. s. w.), ferner die Verträge in §§ 397 (Erlaß), 398 (Abtretung), 414 (Schuldübernahme) gerechnet werden, weil die übereinstimmende Willenserklärung theils für sich, theils in Verbindung mit der Verkörperung in der Uebergabe oder Eintragung wirkt, ohne daß es auf die causa und deren Angabe ankommt. Das Besondere dieser Fälle ist, daß sie nicht zur vertragsmäßigen Begründung eines Schuldverhältnisses führen, sondern verwirklichen, was das

kausale Schuldverhältniß will (Eigenthumsrecht, Pfandrecht, Forderungsrecht u. s. w.). Die §§ 812 ff. BGB. kommen zur Anwendung, sobald die causa nicht bestanden hat oder fortgefallen ist.

Aber auch abgesehen von diesen Fällen kennt das BGB. nicht einen Rechtssatz des Inhalts, daß ein Vertrag, Versprechen und Annahme, ein Schuldverhältniß nur begründe, wenn der Bestimmungsgrund aus dem angenommenen Versprechen ersichtlich sei. Das war ein Rechtssatz des Preuß. Rechts, RE. 1 Nr. 95, RG. 39 S. 202 (cautio indiscreta), der aber weder im gem., noch im französ. Recht, C. c. art. 1132, RG. 31 S. 248, noch im SBGB., § 1398, anerkannt war. Der § 780 BGB. enthält nur den Satz, daß ein Versprechen schriftlich erklärt werden muß, wenn es die Verpflichtung selbständig begründen soll, d. h. ohne daß es zur Gültigkeit des Versprechens und seiner Klagbarkeit der Angabe und des Beweises der causa, des Rechtsgrundes, des subjektiven Endzwecks und des objektiven Rechtsverhältnisses bedarf. Die causa selbst bleibt dabei unberührt, wie sich direkt aus der Vorschrift der §§ 780, 781 ergiebt, daß die schriftliche Form nicht ausreicht, wenn für die Begründung des Schuldverhältnisses, das dem Versprechen zu Grunde liegt, eine andere (strengere) Form vorgeschrieben ist. Vgl. das Nähere über diesen und andere Fälle des abstrakten Versprechens zu §§ 780 ff., 784 Abs. 2.

Das versteht sich nach jedem Recht von selbst, daß es ein Versprechen ohne Motiv und Bestimmungsgrund nicht giebt, da vernünftige Menschen, mit denen allein das Recht rechnet, sich nicht verpflichten, um sich zu verpflichten, sondern entweder um eine Gegenverpflichtung zu begründen, oder zu schenken, oder einen unentgeltlichen Dienst zu leisten (§ 662). Daß eine solche causa vorliegt, hat zu beweisen, wer daraus Rechte herleitet, wenn nicht abstraktes Versprechen gewollt und in der Form der §§ 780, 781 vorliegt. Darum lag gewiß kein der Form des § 780 bedürfendes abstraktes Schuldversprechen in den Fällen vor, die in Gruchot Bd. 45 S. 503, RG. 48 S. 133 aus Anlaß einer Entscheidung des Reichsgerichts behandelt sind: Der Grundstückseigenthümer, der einen Theil einer Hypothek zu zahlen hat, geht den Gläubiger an, um ihn zu befriedigen, einem zur Tilgung der Theilhypothek aufzunehmenden Darlehn das Vorrecht vor dem ungetilgt bleibenden einzuräumen, der Gläubiger verspricht dies, — oder der Grundstückseigenthümer, der ein Darlehn auf das Grundstück aufnehmen will, ohne Zurücktreten einer Hypothek oder des eingetragenen Ausgedinges aber nicht erlangen kann, erhält von dem Gläubiger oder Ausgedinger das Versprechen zurückzutreten. Die Klage aus dem so dargelegten Hergang war nicht Klage aus abstraktem Versprechen, nach § 516 Abs. 1 auch nicht aus Schenkung, und konnte deshalb wegen mangelnder Form nicht abgewiesen werden. Auch §§ 880, 873 Abs. 2 kämen nicht in Frage. In Frage könnte nur kommen, ob das Versprechen mit der Absicht, sich zu verpflichten, abgegeben war oder den unentgeltlichen Dienst nur in Aussicht gestellt hatte, W. 2 § 304 Anm. 1, oder ob der Versprechende von einem unentgeltlich ertheilten Versprechen zurücktreten kann. Vgl. zu §§ 780 ff.

2. Die §§ 305—319 stellen folgende Rechtssätze theils alten, theils neuen Rechts auf: a. Grundsätzlich kann durch einseitiges, nicht akzeptirtes Versprechen (votum, pollicitatio) ein Schuldverhältniß weder begründet, noch abgeändert werden, § 305. b. impossibilium nulla obligatio, §§ 306—309. c. Nichtig ist ein Vertrag, durch den ein künftiges Vermögen übertragen oder mit einem Nießbrauch

belastet wird, ebenso ein Vertrag über den Nachlaß eines lebenden Dritten, ein Vertrag, durch den ein gegenwärtiges Vermögen übertragen oder mit einem Nießbrauch belastet wird, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, §§ 310—312. d. Verträge auf Eigenthumsübertragung an einem Grundstück bedürfen der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung, vorbehaltlich der Wirkung der Auflassung, § 313. e. Veräußerung und Belastung einer Sache ergreift im Zweifel das Zubehör. f. Die Bestimmung der Leistung kann einem der Vertragschließenden oder einem Dritten übertragen werden.

II. § 305. 3. Daß pollicitatio und votum (Gelübde) auch da, wo das abweichende röm. und gem. R. das einseitige Versprechen ohne Annahme ausnahmsweise wirken ließ, W. 2 § 304, RG. 15 S. 203, keine Verbindlichkeit begründet, stimmt mit ALR. I 5 § 5, SBGB. § 770 (782) überein und liegt dem C. c. art. 910 zu Grunde. Z-Cr. 2 § 323[a]. Die Vorschrift in § 6 I 5 ALR., daß, wenn die Erfüllung eines Gelübdes angefangen, vermuthet werde, der Erbe habe zu dessen Vollendung verpflichtet werden sollen, ist neben den §§ 1940, 1967, 1972, 2192 ff. über die Auflage kein Satz des BGB. Eine andere Frage ist, ob in dem Beginn der Erfüllung in Verbindung mit anderen Umständen nicht konkret die Annahme des Versprechens gefunden werden kann. § 151. Die in § 305 offen gelassenen Ausnahmen des BGB. sind enthalten in §§ 80, 81 (Stiftung), § 657 (Auslobung), § 793 (Schuldverschr. auf den Inhaber). Besonderer Natur ist das nach § 167 einseitige Rechtsgeschäft der Vollmacht. Daß auf diese wirksamen einseitigen Versprechen die für Schuldverhältnisse aus Verträgen geltenden Grundsätze entsprechende Anwendung finden, soweit nichts anderes bestimmt, sagte Entw. I § 343 ausdrücklich und ist später als selbstverständlich gestrichen. In Betracht kommt dabei namentlich der Grundsatz des § 306.

Auch zur Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist nach § 305 grundsätzlich Vertrag erforderlich, einseitiges Versprechen unzureichend. Judikat ändert den Inhalt nicht, sondern stellt ihn fest. Bei „Aenderung des Inhalts" ist zu denken an Aenderung von Fälligkeit, Zinspflicht, Zinssatz, Sicherheit, Herabsetzung oder Erhöhung der Leistung auf einer oder beiden Seiten, des Orts der Leistung. Im Gegensatz dazu stehen die Verträge über Aufhebung der Schuldverhältnisse durch Zahlung, Erfüllung, Erlaß, Verzicht, gegenseitige Einwilligung, datio in solutum, und die Fälle der vom BGB. nicht besonders behandelten, aber der allgemeinen Vertragslehre unterstehenden Umschaffung (novatio), sei es durch Aufhebung des alten und Begründung eines neuen Schuldverhältnisses, §§ 607 Abs. 2, 700, sei es durch Begründung eines neuen, in welchem das alte aber fortlebt. Auch in diesen Fällen ist Vertrag erforderlich. Vgl. darüber und insbesondere über den Verzicht auf Einreden, Verzicht im Prozeß zu den §§ 362 ff. (Erfüllung), § 397 (Erlaß, Verzicht).

III. Unmöglichkeit der Leistung. §§ 306—309. W. 1 § 81 Nr. 1, 2 §§ 315, 264, Nr. 1. Eccius 1 §§ 66, 78c Nr. 2; 2 § 124 Nr. 4. D. Pr. Pr. 2 §§ 23, 134 Nr. 3. D. BR. II § 61. Cosack 1 § 98. Endemann 1 § 127. Ihering, Jahrb. 43 S. 105. Schollmeyer, Komm. zu §§ 306 ff.

4. Die §§ 306—309 behandeln die ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung, die Inhalt des Vertrages ist, im Gegensatz zu der in §§ 275 ff. behandelten nachträglichen Unmöglichkeit der Erfüllung. Vgl. oben S. 109 ff. Daß

impossibilium nulla obligatio ist ein Satz aller Rechte. l. 185 D. 50, 17. ALR. I 5 §§ 51 ff. SBGB. §§ 793 ff. C. c. art. 1126, 1130, 1160. Der Vertrag, der eine unmögliche Leistung zu seinem Gegenstande macht, ist nichtig, § 306, begründet keine Klage auf Erfüllung oder Interesse und läßt Vertragsstrafe nicht zu. § 344. Selbst Judikat auf eine solche Leistung hat keine rechtliche Wirkung; es kann nicht möglich machen, was unmöglich und deshalb rechtsunwirksam ist. Vgl. den Fall StrA. 6 S. 16, RE. 1 Nr. 78, oben zu §§ 275 ff., S. 114 (mathematische Unmöglichkeit). Der Satz folgt so aus der inneren vernünftigen Natur des Rechts, daß er nicht bloß für Verträge, für die er ausdrücklich ausgesprochen, sondern für alle Rechtsgeschäfte zu gelten hat. Vgl. §§ 2171, 2192 für Vermächtniß und Auflage, auch §§ 723, 726 (unmöglicher Gesellschaftszweck), § 87 (Unmöglichkeit des Zwecks einer Stiftung). Aus der Nichtigkeit folgt nur, daß das auf Grund eines solchen Vertrages Geleistete zurückzugeben ist, nicht mehr, § 812. l. 23 D. 18, 1, mit Ausnahme des Falls § 815; ALR. I 5 § 55, vgl. zu §§ 812 ff. und Bolze im civ. Archiv 76 S. 233 ff.; bei der Wahlobligation hat die Unmöglichkeit einer Leistung konsequent nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge, sondern konzentrirt die Obligation auf die mögliche Leistung, § 265, vorbehaltlich des Anspruchs auf das negative Interesse in Folge des Fortfalls der Wahl gemäß § 307 Abs. 2. ALR. I 5 § 56. Vgl. darüber zu §§ 262 ff., oben S. 75 und Schollmeyer a. a. O. zu § 307 unter 5.

5. Der nichtige Vertrag auf die unmögliche Leistung läßt wie nach gem. R. eine Verbindlichkeit nach § 307 nur für den Kontrahenten entstehen, der den Vertrag schloß, obwohl er wußte oder wissen mußte, d. h. nach § 122 Abs 2 nur in Folge Fahrlässigkeit nicht wußte, daß die Leistung unmöglich. l. 8, 9 D. 18, 4. l. 62 § 1 D. 18, 1. l. 21 pr. D. 19, 1. OHG. 16 S. 148. In solchem Vertragsschluß sieht das Gesetz eine Verletzung der Vertragspflicht, culpa in contrah., und knüpft daran wie § 53 I 5 ALR. (vollständiges Interesse) einen civilen Anspruch auf das negative Interesse in dem zu § 122, Bd. 1 S. 125, 141 entwickelten Sinne. Der Anspruch fällt nach § 307 Abs. 1 Satz 2 der Gerechtigkeit und Billigkeit entsprechend fort, sobald der andere Theil in pari causa, die Unmöglichkeit ebenfalls kannte oder kennen mußte. Es ist das eine Anwendung des allgemeinen Prinzips des § 254, aber für eine unmittelbare Anwendung des § 254 bietet der § 307 keinen Anhalt.

Der Anspruch besteht entweder oder er fällt fort; einen modifizirten Anspruch kennt das Gesetz hier nicht und mit gutem Grunde; es scheidet hier auch nicht aus oder behandelt die Fälle anders, wo ein Kontrahent nur für grobe Fahrlässigkeit, z. B. der Schenker, oder nur für dil. quam suis haftet. Die für das gem. R. aufgestellte Ansicht, daß derjenige, der Unmögliches verspricht, dem anderen Theil stets, auch bei nicht verschuldeter Unkenntniß, das negative Interesse zu ersetzen habe, wenn dieser in bona fide, d. h. ohne Verschulden die Unmöglichkeit nicht kannte, ist durch § 307 beseitigt, der keinen Zweifel darüber läßt, daß der nichtige Vertrag einen Interesseanspruch immer ausschließt, wenn beide Theile in bona fide oder beide in mala fide sind. Daß der Anspruch, der den Beweis der Unmöglichkeit und der Kenntniß oder der fahrlässigen Unkenntniß des Anderen und dessen Geschäftsfähigkeit voraussetzt, der Verjährung aus § 195, nicht aus § 852 unterliegt, versteht sich hiernach von selbst.

Ebenso versteht sich aber auch von selbst, daß wenn einer der Vertragschließenden den anderen über die Natur der Leistung arglistig täuscht, § 123, der Anspruch aus der unerlaubten Handlung auf volle Entschädigung neben dem Anspruch aus der culpa in contrah. besteht, und daß der Kontrahent, der die Leistung verspricht, die Haftung für die Möglichkeit übernehmen kann und dann für das volle Interesse aus diesem Versprechen haftet, der andere Theil müßte denn in dolo sein. Der Vertrag ist endlich auf die unmögliche Leistung nicht gerichtet, wenn er ausdrücklich oder nach dem erkennbaren Willen der Parteien nur für den Fall der Möglichkeit der Leistung geschlossen ist. § 308. § 2171. Ist die Leistung möglich, so besteht der Vertrag; erweist sie sich als nicht möglich, so fällt mit der Bedingung der Vertrag selbst fort.

Nach Abs. 2 § 307 soll § 307 Abs. 1 entsprechende Anwendung finden, wenn die Leistung nur theilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Theils gültig ist. In Ansehung des möglichen Theils gültig ist der Vertrag nach §§ 306, 139, wenn anzunehmen ist, daß er auch ohne den nichtigen Theil geschlossen sein würde, d. h. geschlossen sein würde, auch wenn den Kontrahenten zur Zeit des Abschlusses bekannt gewesen wäre, daß die Leistung nur theilweise möglich. Vgl. W. 2 § 315 zu Anm. 8, 9. Schollmeyer zu § 306 Anm. 2, zu § 307 Anm. 4. Dies darzulegen ist Sache des Kontrahenten, der die theilweise Gültigkeit in Anspruch nimmt. Wird dies dargelegt, so tritt die Ersatzpflicht auf das negative Interesse an den unmöglichen Theil unter denselben Voraussetzungen ein, unter denen sie nach § 307 Abs. 1 begründet ist. Dasselbe gilt für den Fall des § 309. Im Zweifel ist nach § 139 der ganze Vertrag nichtig.

Auch der Begriff der theilweisen Unmöglichkeit ist relativer Natur. Vgl. oben S. 110 unter Anm. 97. Es kommt nach § 139 immer auf die Prüfung aller Umstände des Falls an, und auch § 242 ist zu beachten. Nichtexistenz oder Untergang eines geringfügigen Bruchtheils der Leistung kann rechtlich bedeutungslos sein, wenn es wirthschaftlich bedeutungslos ist, und das Abbrennen der Wirthschaftsgebäude eines Guts kann die ganze Leistung unmöglich machen. l. 57 D. 18, 1.

Ursprüngliche Unmöglichkeit, am stipulirten Erfüllungsort (Ablieferungsort) zu liefern, kann beiden Theilen unbekannt sein und für beide Theile die Leistung selbst als unmöglich erscheinen lassen, sei es, daß der Käufer die Waare nur dort gebrauchen kann, sei es, daß für den Verkäufer, der die Transportkosten zu tragen hat, der Transport an einen anderen Ort seine Leistung zu einer anderen macht, sei es, daß dem engagirten Künstler nur in dem abgebrannten Theater oder Konzerthause aufzutreten zugemuthet werden kann (Schollmeyer). Bei der Leistungszeit wird es sich regelmäßig um subjektive Unmöglichkeit handeln, für die der Verpflichtete einzustehen hat; auch hier kann die Leistungszeit so wesentlich sein, daß Leistung nachher keine Leistung mehr ist oder nicht die vertragsmäßig übernommene. Vgl. oben S. 115 unter Anm. 100. Mangelhafte Leistung wird regelmäßig der Beurtheilung nach §§ 459 ff. unterliegen. Der Verkäufer von Südfrüchten bestimmter Provenienz kann sich aber darauf berufen, daß zur Zeit der Perfektion des Vertrages durch ein ihm unbekanntes Ereigniß die ganze Ernte so verdorben, daß ihm die Leistung der zugesagten Qualität und damit der Waare selbst nicht möglich. Vgl. zu §§ 459 ff., 463.

6. Auf Unmögliches ist der Vertrag gerichtet, wenn die Unmöglichkeit zur Zeit der Perfektion des Vertrages besteht. So lag der

Bd. 1 S. 224 erörterte Fall ObTr. 50 S. 126, Erk. c. Nr. 196 Bd. 2 RE., wo die von dem Pfarrer Namens der Kirchengemeinde verkaufte Scheune vor der Genehmigung des Vertrages durch die kirchliche Aufsichtsbehörde abgebrannt war. Ebenso ObTr. 11 S. 239. RE. 2 Nr. 196 Erk. b. (Vernichtung der Gebäude eines Bauernhofes vor dem späteren Zuschlag in der Zwangsversteigerung). Da für das bedingte und befristete Rechtsgeschäft dieselben Grundsätze in Bezug auf Geschäftsfähigkeit, Form, Inhalt gelten, wie für das unbedingte, so müßte an sich das bedingte und befristete Rechtsgeschäft nichtig sein, wenn die Unmöglichkeit auch nur zur Zeit des Vertragsschlusses besteht. Vgl. Bd. 1 S. 229, 230. Der § 308 Abs. 2 bestimmt aber ausdrücklich, daß bei Vertragsschluß mit suspensiver Bedingung oder dies der Vertrag ebenso gültig, wie wenn er für den Fall der Möglichkeit der Leistung geschlossen, sobald nur die zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung oder des dies (oder gleichzeitig) gehoben wird.

In ALR. I 5 § 57 ist ebenso behandelt der Fall, wo die zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene Unmöglichkeit bis zur Erfüllungszeit gehoben ist. Nach BGB. gilt dies grundsätzlich nicht, mit gutem Grunde, weil dem Kontrahenten, der geglaubt hat, über eine mögliche Leistung zu kontrahiren und ein gültiges Geschäft abzuschließen, nicht zugemuthet werden kann, abzuwarten, ob die Unmöglichkeit zur Erfüllungszeit gehoben sein wird. Deshalb ist der Vertrag aber auch gültig, wenn zur Zeit des Vertragsschlusses die Hebung der Unmöglichkeit bis zur Erfüllungszeit feststand (z. B. die Aufhebung von Ein- oder Ausfuhrverbot), oder die Hebung zu der Zeit feststeht, wo der Kontrahent erklärt, daß er nicht gebunden sein will, oder wenn beide Theile die Unmöglichkeit kannten und mit der Hebung des Hindernisses rechneten; der Theil, der die Unmöglichkeit zur Zeit des Vertragsschlusses kannte, wird nach dem Eintritt der Erfüllungszeit und, wenn die Erfüllung dann möglich, ohne Verstoß gegen § 242 nie einwenden können, die Leistung sei zur Zeit des perfekten Vertragsschlusses unmöglich gewesen. Denn die Sache liegt dann rechtlich so wie in § 308 Abs. 1, der bestimmt, daß die vorübergehende Unmöglichkeit der Gültigkeit des Vertrages nicht schadet, wenn (die Unmöglichkeit gehoben werden kann und) der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird. Solch Vertragsschluß ist ausdrücklich und stillschweigend möglich und ist ebenso gültig wie der Vertrag über eine als künftig gedachte Sache. ALR. I 11 § 39 und § 582, und ein Kauf- (Lieferungs-) Vertrag über eine noch anzufertigende Sache. ALR. I 11 § 982. BGB. § 651.

So konnten auch die in StrA. 98 S. 242, RE. 2 Nr. 195 Erk. a, und in OHG. 18 S. 262, 21 S. 269, 270; 17 S. 196, 204 behandelten Fälle des Kaufs von Kuxen eines Bergwerks liegen, das noch nicht existirte, weil die Feldestheilung oder die Konsolidation noch nicht bestätigt war, Preuß. Berggeſ. §§ 41, 51, oder von Aktien einer noch zu gründenden Aktiengesellschaft. Für die Nichtigkeit des Vertrages, der über Kuxe oder Aktien eines bestehenden Bergwerks, einer errichteten Aktiengesellschaft geschlossen, während das Bergwerk noch nicht besteht, die Aktiengesellschaft noch in der Gründung begriffen, spricht die wesentliche Verschiedenheit kursirender und nicht kursirender Kuxe und Aktien.

Nichtig ist der Vertrag, den eine Kommune über die Anstellung eines Beamten abschließt, der nicht angestellt werden darf, aber der Vertrag ist nicht nichtig nach § 308 Abs. 1, wenn er unter dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt

der zugelassenen Dispensation abgeschlossen ist. Erfolgt die Dispensation nicht, so kann die Kommune auf das Interesse nicht in Anspruch genommen werden, aber nicht wegen § 305, sondern wegen Unmöglichkeit der Erfüllung nach § 275. StrA. 66 S. 182.

7. Ueber den Begriff der Unmöglichkeit und dessen Relativität vgl. oben zu §§ 275 ff. S. 110 ff. Unmöglich ist, was natürlich (physisch, logisch, mathematisch) oder rechtlich für Niemand Gegenstand einer Verpflichtung sein kann. Und nach § 309 steht dem ein gesetzliches Verbot gleich, z. B. Ein- oder Ausfuhrverbot, Untersagung bestimmter Verträge unter Androhung der Nichtigkeit, u. a. Börsengesetz § 50. Vgl. auch §§ 310, 312 BGB. Auf den gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden und nach § 134 nichtigen Vertrag sollen nach § 309 die §§ 307, 308 Anwendung finden, d. h. bei entschuldbarer Unkenntniß nur des einen Theils besteht der Anspruch auf das negative Interesse gegen den anderen Theil, und die Nichtigkeit des Vertrages fällt fort, wenn er unter der Bedingung des Fortfalls des Verbots oder unter einer anderen suspensiven Bedingung oder mit dies geschlossen und das Verbot mit dem Eintritt der Bedingung oder des dies nicht mehr besteht. Alles dies kann bei den nach § 138 wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtigen Verträgen nicht füglich gedacht werden.

Natürlich unmöglich ist der Vertrag über eine als existent gedachte Sache oder ein solches Recht (Erbrecht), die nie existirt haben oder nicht mehr existiren. l. 7 D. 18, 4. Vgl. die oben erwähnten Fälle ObTr. 11 S. 239, 50 S. 126. Rechtlich unmöglich ist, daß für den Eigenthümer Rechte an seiner Sache begründet werden, die nur für den Nichteigenthümer begründet werden können. SBGB. § 795. Nichtig ist deshalb Kauf der eigenen Sache, OHG. 17 S. 384 (Kauf von Zubehör durch den Ersteher vom Subhastaten, das durch den Zuschlag bereits sein Eigenthum geworden. Preuß. Eigenth.Ges. § 46. Subh.Ges. § 83. Zw.Verst.Ges. §§ 55, 90). Daß der Eigenthümer in der Zwangsvollstreckung, bei Versteigerung des Pfandes, BGB. § 1239, CPO. § 816 Abs. 4, Zw.Verst.Ges. § 68 Abs. 3, und bei Ausübung des Selbsthülfeverkaufs, HGB. II § 373 Abs. 4, mitbieten und erstehen kann, ist keine Ausnahme, weil es sich dabei nicht um Erwerb, sondern um Auslösung des Eigenthums handelt. Vgl. Preuß. Eigenth.Ges. § 46, Preuß. Subh.Ges. v. 13. Juli 1883 § 83 (Formel des Zuschlages an den erstehenden Eigenthümer). Miethen kann der Eigenthümer seine eigene Sache z. B. von dem, der das Nutzungsrecht hat, selbst in Pfand nehmen, wenn der Pfandschuldner ein Recht an der Sache hat.

Nichtig ist der Kauf des Antheils an einem schon gezogenen Loose, wenn beide Theile nicht wissen, daß es schon gezogen; weiß es nur der eine Theil, so findet § 307 Anwendung. Das Geschäft kann aber so geschlossen werden, daß es auch für den Fall gelten soll, daß das Loos gezogen; dann ist der Gegenstand des Vertrages nicht das Loos, sondern eine Hoffnung. Vgl. RG. 6 S. 292 zu §§ 433 ff.

Nichtig ist der Verkauf nichtigen Wechsels, weil das verkaufte Wechselrecht, das kein persönliches Gläuberrecht ist, nicht besteht; der Verkäufer zahlt den Kaufpreis zurück und erstattet, wenn er die Nichtigkeit wußte, dem Käufer das negative Interesse, zu dem die Kosten des Erwerbs, die Protestkosten und die etwa vergeblich aufgewendeten Kosten des Prozesses gegen den Wechselverpflichteten gehören, der Erwerber müßte denn die Nichtigkeit des Wechsels auch gewußt haben (oder wissen müssen). OHG. 16 S. 148.

Nichtig ist der Vertrag über einen dem Verkehr entzogenen Gegenstand (Kirchhof, öffentlicher Weg u. a.), wenn er nicht gemäß § 308 in Erwartung oder unter der Bedingung der Hebung des Hindernisses geschlossen. Vgl. ALR. I 5 §§ 58 ff. SBGB. §§ 793, 796. Die §§ 307, 308 finden auf solchen Vertrag ebenso Anwendung wie auf gesetzlich verbotene im Sinn des § 309.

8. Nicht nichtig ist dagegen der Vertrag über eine nicht bestehende oder eine fremde Forderung, über eine fremde Sache (Recht), über eine fremde Handlung. Solche Verträge behandelt ALR. I 5 §§ 40—45, 46—50. SBGB. §§ 798, 799. Im Entw. I § 348 war ausdrücklich übereinstimmend mit ALR. und SBGB. und gem. Rechte, l. 4 D. 18, 4, bestimmt, daß ein Vertrag nicht ungültig, weil die Leistung sich auf Sachen oder Rechte Dritter beziehe, und daß ein Vertrag über die Handlung eines Dritten den Versprechenden im Zweifel verpflichte, für den Erfolg seines Versprechens einzustehen. Dies ist später als überflüssig gestrichen, weil es sich in diesen Fällen nicht um Unmöglichkeit, sondern um subjektives Unvermögen handle, welches in § 306, wie der Vergleich mit § 275 Abs. 1 und 2 klar ergiebt, der Unmöglichkeit nicht gleichgestellt ist, aus dem guten Grunde, daß, wer verspricht, was zwar nicht ihm, aber einem Anderen möglich ist, von selbst dafür einsteht, daß es ihm möglich ist. Wer wie in dem Falle S. 113 Anm. 99 einen Büreauchef für ein Theaterunternehmen engagirt, das demnächst nicht konzessionirt wird, ohne seine Verpflichtung ausdrücklich oder stillschweigend von der Ertheilung der Konzession abhängig zu machen, kann sich nicht auf ursprüngliche Unmöglichkeit berufen, die nicht vorliegt, und das ursprüngliche Unvermögen hilft nicht.

a. Eine nicht existirende Forderung und ein nicht existirendes Recht (via per alienum fundum) steht eigentlich der nichtexistirenden Sache gleich, allerdings mit dem Unterschiede, daß die Nichtexistenz einer Sache jederzeit festgestellt werden kann, nicht die Nichtexistenz einer Forderung oder eines Rechts. Aber eine nicht existirende Sache (Erbschaft, species), ist nichts und kann als solche nicht beschafft werden, eine nicht existirende Forderung, ein nicht existirendes Recht kann durch den Willen des Schuldners, des Belasteten, immer entstehen. l. 4, 5 D. 18, 4; l. 74 § 3 D. 21, 2. Darauf beruhen für alle Rechte, BGB. § 437, die Vorschriften über die Gewährleistung für den rechtlichen Bestand der Forderung (des Rechts). Vgl. OHG. 16 S. 148, ObTr. 73 S. 47 (gem. R.). RG. 10 S. 170 zu § 437. Mit dieser Vorschrift ist die Annahme der Ungültigkeit eines Vertrages über nichtexistirende Forderung unverträglich. Vgl. StrA. 75 S. 338 (Stipulirung freier Wohnung für den Verkäufer in dem damals, wie beiden Kontrahenten bekannt, bewohnten Ausgedingehause).

b. Dasselbe gilt für den Vertrag über fremde Forderung, fremdes Recht, fremde Sache. Auch hier lassen die Vorschriften über die Gewährleistung, §§ 433 ff., keinen Zweifel über die Verbindlichkeit des Vertrages ohne daß es darauf ankommt, ob der verpflichtete Kontrahent gewußt hat oder nicht, daß er nicht Berechtigter, nicht Eigenthümer. Nach § 439 hebt nur Kenntniß des Anderen von dem Mangel im Recht die Gewährleistungspflicht auf.

Wie nach ALR. I 5 § 46 kann der Vertrag auch ausdrücklich über fremdes Recht, Forderung, Sache geschlossen werden, d. h. so, daß die Kontrahenten dies

Eigenthumsverhältniß in dem Vertrage erwähnen und in Bezug nehmen. A kann das ihm und seinen Kindern gehörige Grundstück mit Bezug darauf veräußern, daß er es bei der Auseinandersetzung ganz erwerben werde, er kann eine ihm nicht gehörige oder für ihn und einen Anderen eingetragene Hypothek cediren, eine bestimmte Parzelle eines Bauerguts, an dem ihm nur ein ideeller Antheil zusteht, unter Hervorhebung dieser Thatsache veräußern, ebenso der Nießbraucher das Eigenthum oder den Nießbrauch selbst. l. 20 pr. l. 41 D. 13, 17. ALR. I 5 § 46; 20 §§ 16, 17, 76. In solchen Fällen kann gemeint sein, daß der Veräußerer (Cedent) dafür einzustehen habe, er werde Eigenthümer, Alleineigenthümer werden, möglich ist auch, daß er nur Bemühungen zu diesem Zweck anzuwenden verpflichtet sein sollte, ohne für den Erfolg einstehen zu müssen, z. B. Kunsthändler, der das Bild eines berühmten Malers, das verkäuflich ist, verkauft, ohne zu wissen, daß es schon verkauft ist. Regelmäßig wird der verpflichtete Kontrahent so wie in dem Fall, wo das fremde Recht nicht zur Sprache gebracht ist, für die Erfüllung und das Interesse haften. In allen diesen Fällen handelt es sich um subjektives Unvermögen. Vgl. ALR. I 5 §§ 45, 46. RE. 1 Nr. 76 (77, 78). Vgl. § 185 BGB.

Auch für versprochene Eigenschaften wird nach § 459 Abs. 2 (§ 493) gehaftet, auch wenn sie nie vorhanden waren und nicht zu beschaffen sind. Auch für das BGB. versteht sich daneben von selbst, daß der Vertrag über fremde Sache nichtig ist, wenn er eine unerlaubte, strafbare, unsittliche Handlung in sich schließt. § 138 (§§ 935, 817). Der Dieb hat gegen den Hehler sowenig auf Zahlung eines Kaufpreises, wie der Hehler gegen den Dieb auf Uebergabe der Sache einen Anspruch.

9. Verträge über Leistung an Dritte behandelt das BGB. §§ 328 ff.; über Verträge, die Leistung durch Dritte zum Gegenstande haben, sagt es nichts, nachdem Entw. I § 348 gestrichen. Das röm. R. ließ Verpflichtung des Erben zu, Versprechen der Leistung eines Anderen immer nur in dem Sinne se effecturum, ut alter faciat. l. 83 § 2 pr. l. 38 pr. D. 45, 1. Dem sind das gem. R., das ALR. I 5 §§ 40—45, das SBGB. § 799 gefolgt. Vgl. auch C. c. art. 1119, 1120. Auch nach BGB. müssen solche Verträge möglich sein, sowohl in dem Sinne, daß der Versprechende seine Bemühungen als eigene Leistung wie daß er für den Erfolg derselben (das Handeln des Dritten) einzustehen verspricht. Auch nach BGB. ist die Verpflichtung möglich und klagbar, die Zustimmung eines Anderen zu einem Vertrage zu beschaffen und dafür aufzukommen, daß die Zustimmung werde ertheilt werden, ferner die Verpflichtung, seine Legitimation als Alleineigenthümer in gewisser Frist zu führen, die Unterschrift eines Anderen unter einen Vertrag zu beschaffen, die Herausgabe des in den Händen eines Dritten befindlichen Wechsels herbeizuführen, u. a. Vgl. die Urtheile in RE. 1 Nr. 76 (77, 78).

Der Klage auf die Erfüllung stehen die §§ 887 ff. CPO. nicht entgegen, § 893, wenn auch regelmäßig die Interesseklage allein praktisch sein wird. Ist nur die Aufwendung von Bemühungen als versprochen anzusehen, so steht dem Verpflichteten der Nachweis offen, daß er Bemühungen angewendet oder daß solche Bemühungen keinen Erfolg gehabt haben würden. RG. 33 S. 263. Nach § 133 GewO. (a. F.), § 127 g Abs. 2 (n. F.) ist der Vater des Lehrlings, der die Lehre unbefugt verläßt, für die Entschädigung des Lehrherrn mitverhaftet, wenn er die Sorge für die Person des Lehrlings hat. Vgl. § 126 b. Das beruht darauf, daß der Vater durch den

Vertragsschluß dafür einsteht, daß der Sohn in der Lehre aushält. OHG. 14 S. 15, 18, 19.

Vertragsmäßige Verpflichtung des Erben kann durch Vermächtniß oder Auflage im Wege des Erbvertrages erfolgen, § 2278 Abs. 2, möglich auch durch Vertrag unter Lebenden, wenn das Recht des anderen Kontrahenten erst gegen den Erben geltend gemacht werden, erst nach dem Tode des Promittenten, Auftraggebers ausgeführt werden soll. Dabei ist aber zu beachten, daß dem Erben unter der Form eines Vertrages unter Lebenden nicht eine Verpflichtung auferlegt werden kann, die ihm nur in der Form letztwilliger Verfügung auferlegt werden kann. Vgl. Bd. 1 S. 269, 270. So lag RG. 42 S. 135, wo A von B 30000 Mk. zu fordern und auf dem Krankenbett den C beauftragt hatte, den Schuldschein dem B herauszugeben, falls er, A, sterben sollte. Das war liberatio legata, die nur in der Form des Vermächtnisses möglich.

IV. Verträge über gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen, über den Nachlaß eines Dritten. §§ 310—312.

10. Nach den §§ 310—312 ist zulässig ein gegenwärtiges Vermögen, d. h. in dem Bestande zur Zeit des Vertragsschlusses oder eines anderen festbestimmten dies certus an et quando, durch Vertrag zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, ganz oder zu einem Bruchtheil, § 310, nichtig aber ein solcher Vertrag über künftiges Vermögen oder den Bruchtheil eines solchen, § 311, nichtig ferner jeder Vertrag über den Nachlaß eines lebenden Dritten, über den Pflichttheil oder ein Vermächtniß aus demselben.

11. Die Nichtigkeit der obligatorischen Verträge, durch welche die Uebertragung künftigen Vermögens oder dessen Belastung mit Nießbrauch, ganz oder zu einem Bruchtheil, übernommen wird, beruht auf sittlichen und wirthschaftlichen Gründen; solcher Vertrag läßt auch den Gegenstand zu unbestimmt. Erbverträge, §§ 2274 ff., und Verträge unter Eheleuten über Gütergemeinschaft, § 1437, sind ausdrücklich zugelassen, weil der Erbvertrag bei Lebzeiten die wirthschaftliche Thätigkeit der Kontrahenten nicht einschränkt, der Vertrag über die GG. unter Eheleuten aber gerade den Zwecken der ehelichen Gemeinschaft dient.

Im Uebrigen fallen unter das Verbot alle Uebertragungsverträge, entgeltliche und unentgeltliche, Kauf wie Schenkung und Gesellschaftsvertrag und Leibrentenvertrag. Schenkung künftigen Vermögens ist also nichtig, was nach ALR. I 11 §§ 1087, 1088 in ObTr. 43 S. 128, RE. 2 Nr. 221 Erk. c, verneint ist. Auch nach gem. R. wurde solche Schenkung zugelassen, W. 2 § 368 Anm. 8, 9, während SBGB. § 1053 die Schenkung des gegenwärtigen wie des zukünftigen Vermögens für nichtig erklärte (vgl. §§ 1389, 1390, 631), C. c. art. 943, 1837 nur Schenkung des gegenwärtigen Vermögens zuließ.

In StrA. 38 S. 110 ist der Verkauf eines Guts und des ganzen übrigen Vermögens der Art, daß die Uebergabe nach dem Tode des Verkäufers erfolgen, der Kaufpreis durch eine Taxe festgestellt werden sollte, für nichtig erklärt, theils wegen Unbestimmtheit des Objekts, theils weil das nicht Kauf, sondern Erbvertrag sei. Nach BGB. würde der Vertrag ebenfalls nichtig sein, theils aus § 310, theils weil er eine Verpflichtung unter Lebenden nicht begründen sollte, als Verfügung von Todeswegen nicht bestehen könnte. §§ 2274 ff., 2301. Schenkung, Ver-

kauf gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens ist nach § 139 zu beurtheilen; regelmäßig wird die Nichtigkeit des ganzen Vertrages anzunehmen sein.

Uebergabe und Auflassung einzelner Objekte auf Grund eines solchen nichtigen Vertrages verschafft Eigenthum, das aber von dem Uebertragenden aufgerufen werden kann. § 518 Abs. 2 ist überhaupt nicht anwendbar, da es sich um Mangel der Form nicht handelt.

12. Ein Vertrag zur Begründung der Verpflichtung, gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchtheil davon zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, §§ 1085 ff., ist gültig, bedarf aber der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, § 311, § 128; EG. Art. 141; RGes. über die freiw. Gerichtsbark. v. 17. Mai 1898 §§ 167 ff., ist ohne Beobachtung dieser Form nichtig. Nach § 518 Abs. 2 kann bei Schenkung des ganzen gegenwärtigen Vermögens die Leistung nur des ganzen Vermögens den Mangel der Form heilen, nicht die Leistung einzelner Gegenstände. Ohne Form und völlige Leistung kann die einzelne übergebene, nachgelassene Sache kondizirt werden wie im Falle des § 310. Nach SBGB. § 1053 war selbst Schenkung gegenwärtigen Vermögens ungültig.

Vermögen ist der Vermögensbestand der Aktiva und Passiva eines bestimmten Zeitpunktes, dies. Fehlt es an einem solchen dies, so ist der Vertrag wegen Unbestimmtheit des Objekts nichtig; der Todestag des Uebertragenden ist nicht dies in diesem Sinne.

Nach § 419 (vgl. § 1087) haftet der Uebernehmer eines ganzen Vermögens stets mit dem Vermögensbestande, auch wenn durch den Vertrag solche Haftung ausgeschlossen oder beschränkt ist. Durch solche Stipulation kann auch die Anwendung des § 311 nicht ausgeschlossen werden, so wenig wie § 310. Auch nicht dadurch, daß etwa alle einzelnen Gegenstände des Vermögens, die aber in Wahrheit das ganze gegenwärtige Vermögen ausmachen, zum Gegenstande des Vertrages gemacht werden, oder einzelne Gegenstände ausgenommen werden, um das ganze Vermögen nicht als Vertragsgegenstand erscheinen zu lassen.

Ueber Veräußerung eines Handelsgeschäfts und des Vermögens einer Aktiengesellschaft s. HGB. II §§ 25 ff., 303 ff.

13. Nach § 312 Abs. 1 ist ein Vertrag, d. h. jeder Vertrag über den Nachlaß eines lebenden Dritten, auch über einen Bruchtheil desselben, § 1922 Abs. 2, auch wenn er sich nur auf Nießbrauch, einen Pflichttheil oder ein Vermächtniß aus demseben bezieht, nichtig. Gleichgültig ist, ob der Dritte bezeichnet ist oder nicht, Entw. I § 349 Abs. 1 Satz 2 (Verkauf einer künftig etwa anfallenden Erbschaft, Verzicht auf jede Erbschaft), ob der Dritte als lebend gedacht oder, weil verschollen oder für todt erklärt, als todt gedacht ist, wenn er zur Zeit des Vertragsschlusses noch lebt. Vgl. § 2031. Zur Kennzeichnung des Standpunktes des BGB. ist die Vorschrift des § 2302 hinzuzunehmen, wonach jeder Vertrag nichtig, durch den sich Jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben. Aus § 344 folgt, daß in solchem Vertrage auch keine Strafvereinbarung für den Fall des Zuwiderhandelns wirksam ist, was in RG. 19 S. 232 für gem. R. zugelassen ist.

Der § 312 läßt darüber keinen Zweifel, daß die Nichtigkeit des Vertrages selbst dadurch nicht gehoben wird, daß der Dritte, um dessen Nachlaß es sich handelt, ein=

willigt oder genehmigt. Jeder Vertrag dieser Art ist im Sinne des BGB. unsittlich, anstößig und verwerflich. In Bezug auf den Nachlaß eines lebenden Dritten sollen Andere weder künftige Rechte noch Pflichten durch ihren Vertrag begründen können. Schenkung eines Gegenstandes aus künftigem Nachlaß, Verkauf eines Gegenstandes aus demselben, ist nicht Vertrag über den Nachlaß. ObTr. 38 S. 89 (StrA. 28 S. 250, Schenkung aus dem zu erwartenden Vermögen des Großvaters an die Stiefgeschwister). Eine einzige Ausnahme macht Abs. 2 § 312 wie ALR. I 12 §§ 649 ff., das in I 11 §§ 445, 446 nur den Verkauf einer wirklich angefallenen Erbschaft zuließ, den einer bestimmten oder unbestimmten künftigen Erbschaft für nichtig erklärte.

Nach Abs. 2 § 312 sollen die künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbtheil oder den Pflichttheil eines von ihnen paktiren können, aber nur in gerichtlicher oder notarieller Beurkundung. EG. Art. 141. Bestimmend war dafür wie für die Vorschriften des ALR. die Rücksicht auf das Lebensbedürfniß bei Auswanderung von Familienangehörigen, deren Erklärungen bei dem späteren Erbfall nicht oder schwer zu erlangen. Solche Personen sollen durch Vertrag unter einander über ihren gesetzlichen Erbtheil, Pflichttheil, Bestimmung treffen, ihn übertragen, verkaufen, auf ihn verzichten, sich auseinandersetzen können, mit oder ohne Zuziehung des künftigen Erblassers. Vgl. die §§ 2346 ff., EG. Art. 217 über den Erbverzichtsvertrag.

Zu Gunsten Dritter kann aber nicht verfügt werden. Und immer ist selbstverständlich vorausgesetzt, daß sich bei Erbfall demnächst ergiebt, daß die Kontrahenten gesetzliche Erben sind. Ohne dies fällt der Vertrag in sich zusammen. Der künftige Erblasser, der nicht durch Erbvertrag gebunden, §§ 2274 ff., ist nicht gehindert, zu testiren; dann bleibt der Vertrag nur bezüglich des Pflichttheils bestehen. In den Fällen der §§ 2066 ff., in denen der Erblasser nur die gesetzliche Erbfolge bestätigt, kann indessen § 312 Abs. 2 wohl angewendet werden. Die Vorschrift ist dadurch, daß der Vertrag nur obligatorisch zwischen den Kontrahenten (und denen, die dadurch verpflichtet werden konnten) wirkt, keine dingliche Wirkung hat, d. h. die Erbfolge nicht ändert, das Erbrecht nicht beseitigt, nicht die Wirkung des Eigenthumserwerbs an der Erbschaft oder einen Theil derselben haben kann, von geringer praktischer Bedeutung.

Der § 312 bringt zum erheblichen Theil neues Recht. Ueber das sehr kontroverse gem. R. vgl. W. 3 § 529, RG. 4 S. 125, Seuffert A. 32 Nr. 256 (ObTr.), l. 30 C. 2, 2 (Zustimmung des Erblassers). Das SBGB. § 2563 ließ Verträge über den Nachlaß eines lebenden Dritten mit seiner Einwilligung zu. Ueber den strengen Standpunkt des französischen R. vgl. C. c. art. 1130, 791, 1600. RG. 15 S. 325. Der Standpunkt des ALR. erhellt aus den zitirten I 11 §§ 445, 446 ff.; 12 §§ 649 ff.

V. Verträge über Eigenthumsübertragung an Grundstücken. §§ 313, 314.

14. Obligatorische Verträge auf Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstück bedürfen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, um Recht und Pflicht zu begründen. Natürlich auch dann, wenn es sich um Bruchtheil oder realen Theil handelt, und stets ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund der Uebertragung, ohne Unterschied, ob Kauf, Tausch, Schenkung, Auseinandersetzung, Ein-

bringen in eine Gemeinschaft, Gesellschaft u. a. der Uebertragung zum Grunde liegt, und ob die Verpflichtung dem Erwerber oder einem Bevollmächtigten gegenüber übernommen wird. RG. 50 S. 163 (Vertrag mit Gutsausschlächter). Der Grund der strengen Formvorschrift ist die Rücksicht auf die wirthschaftliche und soziale Bedeutung des Grundeigenthumsverkehrs für den Einzelnen und die Gesammtheit, und der Gedanke, daß die strenge Form den Einzelnen vor Uebereilung mehr zu schützen geeignet ist, als die mündliche oder schriftliche Form, die Mitwirkung von Richter oder Notar auch zu einer korrekten und vollständigen Erklärung des Willens dient.

Die Vorschrift ist gegenüber dem gem., dem Preuß. und dem R. des SBGB. wie des C. c. neu; ALR. I 5 §§ 135, 146; 11 §§ 1065, 1066; SBGB. §§ 822, 824; kommt deshalb nur für Verträge unter der Herrschaft des BGB. zur Anwendung, nicht für vorher geschlossene perfekte Verträge, und stets für Grundstücke im Geltungsbereich des BGB., EG. Art. 11 Abs. 2, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Grundbuch angelegt ist, als angelegt zu gelten hat, oder noch nicht angelegt ist. Der Satz 1 § 313 macht solchen Unterschied nicht und aus EG. Art. 189 ist er nicht zu begründen.

Nach § 1017 Abs. 1 findet sie Anwendung auch auf Verträge über Erbbaurecht, nach den §§ 497, 505 (1098), aber dem Grunde des Gesetzes entsprechend nicht auf die Erklärungen, durch welche das Wiederkaufs- und Vorkaufsrecht zur Geltung gebracht wird, während Wiederkaufs- und Vorkaufsrecht an Grundstücken mit obligatorischer Verbindlichkeit nur in der Form des Uebertragungsvertrages begründet werden kann. Im Falle des § 928 (Dereliktion eines Grundstücks) ist ein obligatorischer Vertrag mit dem okkupationsberechtigten Fiskus entweder Uebertragungsvertrag oder nichts.

Von dem obligatorischen Vertrage auf Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstück ist der dingliche Vertrag in § 873 Abs. 2 zu scheiden, der übrigens der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung ebenso bedarf, wenn die Erklärungen nicht vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder die Eintragungsbewilligung der GrBO. entsprechend dem anderen Theile erklärt und ausgehändigt ist.

Ueber die Erfüllung der Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung und ihre Bedeutung vgl. Bd. 1 S. 152 ff., 158, 159; EG. Art. 141, 142; RGes. über die freiw. Gerbk. §§ 167—182, 198.

15. Der ohne die Erfüllung der Form nach § 125 nichtige Vertrag wird nach Satz 2 § 313 seinem ganzen Inhalte nach gültig durch Auflassung und Eintragung. Das ist die Vorschrift in § 10 des Preuß. EigenthGes. v. 5. Mai 1872, sonst neues Recht. Der § 10 sagte, die mangelnde Form des Geschäfts, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgt, werde durch die Auflassung geheilt. Der Sinn des § 313 Satz 2 ist kein anderer, ebenso ist sein Grund der des § 10 EigenthGes. Die Auflassung und Eintragung würde an sich, weil auf Grund eines Vertrags erfolgt, der keine rechtliche Verpflichtung begründet, als rechtsunwirksam angefochten werden können. Darunter würde die Sicherheit des Grundstücksverkehrs gegen das Interesse des Grundbesitzes und das öffentliche Interesse leiden. Es erscheint zugleich als ein Gebot ausgleichender Gerechtigkeit, daß der Kontrahent, der durch die förmliche Auflassung in Erfüllung des kausalen Rechtsgeschäfts das Eigenthum übertragen hat, auch seinerseits das Recht auf die Erfüllung des Rechtsgeschäfts, die er zu fordern hätte, wenn

das Rechtsgeschäft in der vorgeschriebenen Form abgeschlossen wäre, gegen den erhält, der die Auflassung angenommen hat. Und dies liegt vor, wenn A mit B formlos auf Eigenthumsübertragung an B kontrahirt, an B aufgelassen und B die Eintragung als Eigenthümer erlangt hat, aber auch dann, wenn B weiter formlos oder förmlich mit C kontrahirt und A im Auftrage des B direkt an C aufgelassen hat. Vgl. RG. 31 S. 230 zu Eigenth.Ges. § 10. Nach § 313 Satz 2 wird der formlose Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig.

Dasselbe ist schon für § 10 des Eigenth.Ges. in einer Reihe von Fällen angenommen, deren Entscheidung nach § 313 nicht mehr zweifelhaft sein kann. Vgl. RE. 2 Nr. 193. Wenn A mündlich an B verkauft und aufgelassen, B mündlich eine Hypothek des C in p. pr. übernommen hat, so ist diese Uebernahme bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen (§ 41 Eigenth.Ges., § 416 BGB.) gegenüber A und C wirksam. ObTr. 80 S. 68, Erk. c a. a. O., StrA. 99 S. 318. In RG. 16 S. 267, 268 hatte A sich dem B gegen eine Leistung zur Eigenthumsübertragung, gleichzeitig aber auch zur Zahlung von 3000 Mk. und zur Ueberlassung gewisser Mobilien verpflichtet, die Gegenleistung erhalten und aufgelassen. Damit würde auch nach § 313 die Verpflichtung des A zur Zahlung und zur Ueberlassung der Mobilien rechtlich wirksam geworden sein. Nach dem Grundsatz des § 313, daß der Vertrag durch die Gegenleistung seinem ganzen Inhalt nach gültig wird, ist anzunehmen, daß auch mündliche Abreden, die als Theil des förmlich abgeschlossenen Vertrages gewollt und nur nicht in den förmlichen Vertrag aufgenommen, durch die Auflassung rechtswirksam werden, wie dies zu § 10 Eigenth.Ges. für den Fall mündlicher Abreden neben wirksamem schriftlichen Vertrage angenommen ist. ObTr. 81 S. 9 (StrA. 98 S. 182), RG. 2 S. 293. Gruchot 27 S. 1031.

Festzuhalten ist aber, daß nur der Formmangel des kausalen Rechtsgeschäfts geheilt wird, nicht materielle Mängel, welche seine Anfechtung wegen Geschäftsunfähigkeit, Irrthum, Betrug, Schein u. a. begründen würden. Nur falsche Angabe des Kaufpreises in dem schriftlichen oder förmlichen Vertrage, um Stempel und Kosten zu sparen, berührt die Wirksamkeit der Auflassung nicht; neben der Auflassung wirkt die mündliche Abrede des wahren Kaufpreises allein.

Die Auflassung und Eintragung muß materiell unanfechtbar sein. Formmangel lag vor in StrA. 95 S. 312, wo die Ehefrau ohne Zuziehung eines Rechtsbeistandes kontrahirt hatte, ALR. II 1 §§ 198, 200, aber mehr als Formmangel des Rechtsgeschäfts in RG. 35 S. 175, wo in dem schriftlichen Vertrage zugleich Vollmacht des Verkäufers zur Auflassung ertheilt war, die Vollmacht nach ALR. I 5 § 172 ungültig war, weil der Verkäufer Analphabet war. Materieller Mangel der Auflassung lag vor in ObTr. 82 S. 177, wo A an B mündlich verkauft, den Kaufpreis bezahlt erhalten, an B aufgelassen hatte und B als Eigenthümer zweier Parzellen eingetragen war, während der Gegenstand des mündlichen Vertrages nicht bloß diese beiden Parzellen betraf, sondern noch ein anderes Grundstück, das für A nicht im Grundbuch stand. Hier ist die Klage des B auf Rückzahlung gegen Rückauflassung durchgedrungen, weil die Auflassung das Objekt des mündlichen Vertrages nicht deckte, den Formmangel bezüglich eines Theils des Gegenstandes nicht beseitigte, der mündliche Vertrag eine Klage auf Auflassung des fehlenden Theils nicht zuließ. Vgl. ferner RG. 3 S. 257. Bolze 5 Nr. 412. Gruchot 27 S. 1029. Wenn bei einem formlosen Tausch-

vertrage über Grundstücke der eine Kontrahent aufgelassen hat, wird dem anderen nach § 313 die Klage auf Auflassung des von ihm eingetauschten Grundstücks nicht versagt werden können, obwohl grundsätzlich Klage auf Auflassung aus formlosem Vertrage ausgeschlossen ist. D. BR. 3 § 89 unter 8.

Soll der formlose Vertrag durch die Auflassung gültig werden, und zwar seinem ganzen Inhalt nach, so entspricht es der Konsequenz des gesetzgeberischen Gedankens und dem § 141 BGB., daß der Vertrag rückwärts von dem Augenblick an wirkt, in welchem er bei förmlichem Abschluß wirksam geworden wäre, auch wenn man nicht mit Planck, Anm. 2 zu § 313, in der Auflassung eine Bestätigung des Vertrags im Sinne des § 141 finden will. Der § 313 Satz 2 kann nur bedeuten, daß mit der Auflassung und Eintragung jeder Kontrahent alle Rechte und Pflichten aus dem Vertrage hat. Stipulirt der Vertrag, daß der Käufer von dem Abschlusse oder der Uebergabe ab die Nutzungen haben und die Lasten tragen soll, so wird Recht und Pflicht klagbar erst mit der Auflassung und Eintragung, aber es widerspräche dem Sinne des § 313 direkt, wenn Nutzungen und Lasten erst von der Eintragung ab vom Käufer zu ziehen und zu tragen wären. Schollmeyer, Komm. zu § 313 unter 3.

Nach § 446 Abs. 1, 2 geht die Gefahr auf den Käufer mit der Uebergabe oder früheren Eintragung als Eigenthümer über. Bei Uebergabe auf Grund formlosen Vertrages kann der Käufer dem ausweichen, indem er die Annahme der Auflassung verweigert. Aber er würde dolos handeln, wenn er die Auflassung annähme und den Gefahrsübergang ablehnte. Nach § 477 Abs. 1 Satz 1 verjähren die Gewährleistungsansprüche des Käufers bei Grundstücken in einem Jahr von der Uebergabe an. Ist die Uebergabe auf Grund formlosen Vertrages vor der Eintragung erfolgt, die Eintragung länger als ein Jahr nach der Uebergabe nachgeholt, so verzichtet er mit der Annahme der Auflassung und Eintragung ohne Vorbehalt auf die Ansprüche aus der Gewährleistung, muß sich auch die abgelaufene Verjährung entgegensetzen lassen. Dagegen freilich für § 10 Eigenth.Ges. RG. in Gruchot 29 S. 388. Eccius 1 § 79 Anm. 67. Für § 313 läßt sich das nicht aufrecht erhalten.

Der § 98 der GrBO. ermächtigt die Landesgesetze zu einer Bestimmung dahin, daß das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen soll, wenn die nach § 313 erforderliche Urkunde vorgelegt wird. Solche Bestimmung würde den Satz 2 des § 313 praktisch so gut wie beseitigen. Von der Ermächtigung hat nur Bayern und Württemberg Gebrauch gemacht.

16. Nach § 314 soll sich die obligatorische Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung, Eigenthumsübertragung oder dingliche Belastung einer Sache (nicht eines Rechts) im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache erstrecken. Vgl. Bd. 1 S. 86 zu § 97. Das ist eine für Grundstücke und bewegliche Sachen geltende Auslegungsregel, die dem Rechtssatz in § 107 I 2 ALR. entspricht, und in §§ 926 Abs. 1 Satz 2, 2164, 1096 Satz 2 wiederkehrt. Vgl. auch zu §§ 498, 1031, 1126, 1192, 1551. In § 2164 Abs. 1 ist ausdrücklich gesagt, daß das Vermächtniß sich im Zweifel auf das zur Zeit des Erbfalls vorhandene Zubehör erstrecke. Entw. I § 790 enthielt den allgemeinen Satz, daß das eine Sache betreffende Rechtsgeschäft unter Lebenden sich im Zweifel auf diejenigen Sachen erstrecke, die zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts Zubehör der Sache. Das ist

im § 314 nicht mehr ausdrücklich gesagt, wird im Allgemeinen aber auch für § 314 zutreffen, kann sich aber konkret auch anders gestalten. Die Auslegung hat auch darüber zu entscheiden, welcher Zeitpunkt maßgebend sein soll. Vgl. zu § 98 unter Nr. 2. Schollmeyer a. a. O. unter 3.

VI. Bestimmung der Leistung, §§ 315—319.

17. Daß der Inhalt der Leistung (Gegenleistung) objektiv bestimmt oder doch bestimmbar sein muß, daß ohne dies ein Schuldverhältniß weder aus Vertrag noch aus einem andern Rechtsgrunde besteht, ist ein Satz aller Rechte, der sich aus der Natur jedes Schuldverhältnisses ebenso ergiebt wie die Nothwendigkeit der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit von Gläubiger und Schuldner. ALR. I 5 § 71 (I 4 § 108); 11 § 46. SBGB. §§ 664, 800, 801. C. c. art. 1129. RG. 11 S. 248 (Bestimmbarkeit des Gläubigers). Entw. I § 352 sagte ausdrücklich, daß ein Vertrag nichtig, wenn die Leistung weder bestimmt bezeichnet, noch nach den Bestimmungen des Vertrages zu ermitteln. Das ist später als selbstverständlich gestrichen. Mittelbar folgt der Satz aus den §§ 315 ff., die über den Weg bestimmen, auf dem die Bestimmung der Leistung zu erreichen ist und naturgemäß voraussetzen, daß solche Bestimmung erforderlich. In der bisherigen Praxis ist die Frage, insbesondere für Gegenstand und Preis beim Kauf erörtert. RE. 1 Nr. 72, 73, 74; 2 Nr. 193. Vgl. darüber zu den §§ 433 ff. HGB. II § 375 (Specifikation).

Grundsätzlich muß auch nach BGB. der Vertragsinhalt so bestimmt oder so bestimmbar sein, daß er ohne neue Willensübereinstimmung der Kontrahenten bestimmt werden kann. An solcher Bestimmtheit fehlte es in OHG. 11 S. 375, wo sich ein Komitee zur Gründung einer Aktiengesellschaft behufs Baues einer Eisenbahn gebildet, in einem Prospekt zur Zeichnung von Aktien aufgefordert und A gezeichnet hatte, bevor noch ein Statut oder der Entwurf eines solchen aufgestellt, die Höhe des Grundkapitals, die Art der Aufbringung, der Betrag der Aktie, die Organisation feststand. A zog nach der Bestätigung und Publikation des später aufgestellten Statuts, das er nicht unterzeichnete, die Zeichnung zurück. Die Klage gegen ihn ist abgewiesen. Ebenso RG. 41 S. 281. Vgl. OHG. 7 S. 265, 10 S. 325.

In RG. 46 S. 258 hatte A sich 1884 verpflichtet, für eine projektirte Bahn, bei der B interessirt, weil er an derselben eine Briketfabrik errichten wollte, Aktien zu zeichnen, B sich dagegen verpflichtet, seinen künftigen Bedarf an Kesseln bei A zu decken. Damals stand von der Art und dem Umfang des Unternehmens des B noch nichts fest. Das Reichsgericht hat die 1894 angestellte Klage des A gegen B auf das Interesse, weil B 1888 und 1894 Dampfkessel von Anderen bezogen, abgewiesen, weil der Vertrag wegen Unbestimmtheit seines Inhalts unverbindlich.

In ObTr. 31 S. 398 ist das Versprechen der Hälfte des Nachlasses für den Fall, daß der Andere die Tochter des Versprechenden heirathe, in StrA. 38 S. 110 das Versprechen der Ueberlassung eines Guts und des ganzen Vermögens mit der Stipulation, daß die Uebergabe nach dem Tode erfolgen und die dann aufzunehmende Taxe als Kaufpreis gelten solle, in ObTr. 79 S. 153 ein Vitalitienvertrag über gegenwärtiges und künftiges Vermögen wegen Unbestimmtheit des Gegenstandes für unverbindlich erklärt. Vgl. jetzt §§ 310, 312. In StrA. 68 S. 114 hatten Näherinnen sich bei Konventionalstrafe auf zwei Jahre zur Arbeit verdungen, die Arbeit sollte nach Stück und Muster bezahlt, die Preise durch

Vereinbarung festgestellt werden. Als eine Näherin die Arbeit verließ, ist die Klage auf die Vertragsstrafe abgewiesen, weil der Vertrag unverbindlich. ALR. I 5 § 310. BGB. § 344. Vgl. bezüglich des Gegenstandes der Abtretung zu §§ 398 ff.

In StrA. 100 S. 240 war eine Grundschuld für A eingetragen mit der Abrede, daß die Valuta theils baar, theils in Waaren berichtigt werden solle; das ist nicht für zu unbestimmt erachtet. In RG. 2 S. 49 ist das Versprechen lebenslänglicher Versorgung an einen im Betrieb des Versprechenden verunglückten Arbeiter für verbindlich erachtet, weil es an einem objektiven Maßstab für die Bestimmung der Höhe der versprochenen Leistung nach der konkreten Sachlage nicht fehlte. Dies ist der überall entscheidende Gesichtspunkt.

18. Bestimmbar ist die Leistung nach den §§ 315—319 auch dann, wenn ihre Bestimmung dem Ermessen eines der Kontrahenten oder eines Dritten überlassen ist. Hierher gehört die Wahlobligation, §§ 262 ff., wo durch die Wahl des Schuldners oder Gläubigers die Leistung bestimmt wird, die zu bewirken ist, die Wahl auch einem Dritten überlassen werden kann. Vgl. oben S. 74. Nach § 2156 finden diese Vorschriften auch bei Vermächtnissen zu einem bestimmten Zweck Anwendung, wenn der Erblasser die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen hat. Vgl. auch §§ 2151 ff., 2192 (2279).

In § 71 I 5 ALR., SBGB. §§ 664, 800 ist ausdrücklich bestimmt, daß der Willkür des Verpflichteten die Bestimmung des Gegenstandes oder die Erfüllung nicht überlassen werden darf. § 108 I 4. Ueber die Bestimmung durch Dritte disponiren ALR. I 5 §§ 72, 73; 11 §§ 48 ff. SBGB. §§ 804 ff. C. c. art. 1592. Für das gem. R. galt als zweifellos, daß sub conditione si volam nulla fit obligatio, daß kein Schuldverhältniß existirt, wenn kein Erfüllungszwang gewollt, daß deshalb in das reine Belieben des Versprechenden die Leistung nicht gestellt werden dürfe, l. 8 D. 44, 7; l. 17, l. 108 § 1 D. 45, 1; l. 13 C. 4, 38, — daß dagegen auf das arbitrium boni viri und merum sowohl einer Partei wie eines Dritten die Bestimmung selbst wesentlicher Theile des Vertrages abgestellt werden könne, die Vermuthung für das arb. b. v. spreche. l. 77 D. 17, 2; l. 69 § 9 D. 23, 3; l. 30 D. 38, 1; l. 22 § 1 D. 50, 17; l. 24 pr. D. 19, 2. OHG. 16 S. 427, 18 S. 337, 343; 13 S. 306, 312. RG. 40 S. 195. Auch für das Preuß. R. ist angenommen, daß dem Ermessen der Partei die Bestimmung überlassen werden dürfe. RG. 8 S. 229. StrA. 20 S. 173. OHG. 18 S. 337, 343.

Das BGB. ist dem gefolgt. Aus § 315 Abs. 1, 3 folgt, daß die Bestimmung der Leistung sowohl dem billigen wie dem reinen Ermessen einer Partei überlassen werden kann, die Vermuthung für das billige Ermessen spricht. Auch das reine Ermessen ist aber nicht als Willkür aufzufassen. Entw. I § 138. Vgl. Bd. 1 S. 231, 232. Sollte ein Vertrag wirklich so gemeint sein, daß der Versprechende sich die Bestimmung der Leistung ohne Schranken vorbehält, so würde das nichts anderes sein, als ob er sich die Bestimmung vorbehält, ob er verpflichtet sein will, d. h. es würde ein Schuldverhältniß überhaupt nicht vorhanden sein. Das folgt so nothwendig aus dem Begriff des Schuldverhältnisses, § 241, daß es nicht besonders gesagt zu werden brauchte. ObTr. Präj. 961. StrA. 82 S. 184 (Kaufvertrag ohne Verpflichtung des Käufers, zu nehmen und zu bezahlen; Unverbindlichkeit einer Vertragsstrafe für den Rücktritt des Käufers). Und

wo die Bestimmung der Leistung der reinen Willkür des Gläubigers überlassen, würde der Verbindlichkeit des Schuldverhältnisses entgegenstehen, daß nach den Anschauungen von Recht und Sitte sich Niemand der Willkür eines Anderen unbeschränkt unterwerfen kann. § 138. Vgl. RG. 34 S. 15, 19.

Das reine Ermessen findet immer seine Schranke in der Vorschrift des § 242. Vgl. Bd. 1 S. 232 die Fälle OHG. 18 S. 258, 23 S. 81. Ist solche Schranke nicht gewollt oder nicht zu finden, so bleibt es bei der Unverbindlichkeit des Vertrages wie jedes Schuldverhältnisses. So lag die Sache gewiß nicht in ObTr. 74 S. 1, wo im Miethsvertrage dem Miether einer Restauration die Errichtung von bestimmten Baulichkeiten mit der Bedingung gestattet war, daß er sie dem Vermiether bei Ende des Vertrages gegen eine vom Ermessen des Vermiethers abhängige Entschädigung zu überlassen habe. Die Anlagen waren 1200 Mk. werth, der Vermiether wollte 450 Mk. geben. Das ObTr. hat die Abrede wegen Unbestimmtheit für unverbindlich erklärt. Nach BGB. würde der Abs. 1 § 315 anzuwenden, andernfalls nach den Umständen zu befinden sein, ob die Bestimmung von 450 Mk. gegen Treu und Glauben verstieß. Das billige Ermessen hätte in diesem Fall den Werth der Anlage zur Zeit des Rückfalls an den Vermiether und die Umstände berücksichtigen müssen, die den Werth in den Händen des Vermiethers beeinflußten. Bei reinem Ermessen des Vermiethers wäre zu fragen gewesen, ob auch bei Berücksichtigung aller Umstände des Vermiethers, auch seiner persönlichen, die von ihm gesetzte Entschädigung so niedrig, daß die Ausübung seines Ermessens als unanständig und anstößig erschien.

Die Praxis wird regelmäßig dahin gelangen, das Ermessen als billiges Ermessen aufzufassen. Ein Beispiel giebt das Bd. 1 S. 231 mitgetheilte RG. 40 S. 195. In anderen Fällen hat sich auch das ObTr. auf einen freieren Standpunkt als in ObTr. 74 S. 1 gestellt. Vgl. StrA. 58 S. 344 (Provision nach Ermessen), 14 S. 16 (Ausgedinge). Der Fall ObTr. 74 S. 1 würde nach § 316 zu beurtheilen gewesen sein, wenn nur vereinbart wäre, der Miether solle die Anlagen gegen Entschädigung zurücklassen. Der Miether hätte dann nach § 316 die Entschädigung (Gegenleistung) zu bestimmen gehabt und zwar gemäß § 315 Abs. 1 nach billigem Ermessen.

Anders liegen wieder die Fälle, in denen das Gesetz wie in den §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2, 653 Abs. 2 bei mangelnder ausdrücklicher Vereinbarung der Höhe der Vergütung für Dienste, Werkleistung, Mäklerdienste nicht auf das Ermessen der Partei, sondern auf bestehende Taxen oder auf das Uebliche verweist als das, was als gewollt anzusehen ist. Die Höhe der Vergütung gilt in diesen Fällen als objektiv bestimmbar durch die Taxe oder das Uebliche, ähnlich wie der Kaufpreis als bestimmbar gilt durch Ladenpreis und Marktpreis, der vom Richter im Streitfalle ebenso durch Beweisaufnahme festgestellt werden kann wie die Taxe oder das Uebliche. Vgl. zu §§ 433 ff.

19. Für den Fall, daß einer der Kontrahenten die Bestimmung nach seinem billigen Ermessen zu treffen hat, enthält § 315 Abs. 3 die ebenfalls nicht als neu anzusehende Vorschrift, daß die gemäß Abs. 2 dem Anderen erklärte Bestimmung nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht, und daß darüber im Streitfalle durch Urtheil zu entscheiden ist, welches die Bestimmung des Billigen zu treffen hat. Die Vorschrift findet ihre Erklärung darin, daß das billige Ermessen

keinen subjektiven, sondern einen objektiven Maßstab bildet, der durch den Richter selbst ermittelt werden kann. Wenn z. B. der Verkäufer eines Bauernguts für sich, seine Ehefrau, seine Kinder in dem Kaufvertrage neben dem Kaufpreise ein nach seinem billigen Ermessen zu bestimmendes Ausgedinge stipulirt, StrA. 20 S. 173, Erk. c Nr. 195 RE. 2, so ist das Ermessen bei Bestimmung des Ausgedinges objektiv begrenzt durch die Leistungsfähigkeit und Beschaffenheit des Guts, und der Richter im Stande, die Bestimmung der Partei zu kontrolliren und zu korrigiren, und an Stelle der Partei die Bestimmung zu treffen.

In dem Falle war der Verkäufer verstorben, ohne die Bestimmung getroffen zu haben. Das würde auch nach BGB. die Bestimmung durch den Richter nicht hindern. § 315 Abs. 2 a. E. Hat der Gläubiger die Bestimmung zu treffen und hat er sie getroffen, widerspricht der Verpflichtete, so kann der Gläubiger auf Grund der von ihm getroffenen Bestimmung die Leistung fordern, der Verpflichtete im Prozeß die Entscheidung durch den Richter herbeiführen, wobei zunächst der Gläubiger die Billigkeit seiner Bestimmung darzulegen, der Richter aber mit Rücksicht auf die ihm durch das Gesetz eingeräumte Stellung und seine Aufgabe darauf zu halten hat, daß ihm alle für die Prüfung erforderlichen Umstände dargelegt werden. Nicht anders ist es, wenn der Verpflichtete die Bestimmung zu treffen und getroffen hat; widerspricht der Gläubiger, so klagt er auf die nach seiner Meinung billige Leistung und der Richter entscheidet durch Verurtheilung auf die gefundene billige Leistung. Um einen Feststellungsanspruch handelt es sich in keinem Falle, immer um einen streitigen Leistungsanspruch. CPO. § 256.

Nach § 315 Abs. 2 a. E. soll der Richterspruch auch dann die Leistung bestimmen, wenn die Bestimmung verzögert wird. Vgl. § 319 Abs. 2. Die Bestimmung der Leistung ist eine Vertragspflicht der Partei, der die Bestimmung zusteht, aber das Gesetz sagt nicht, daß der Richterspruch eintritt, wenn die Bestimmung durch die Partei verzögert wird, die Partei im Verzuge ist. § 121 Abs. 1 Satz 1. Verzögerung ist nicht Verzug, der stets Verschulden voraussetzt. Das Gesetz setzt nur voraus, daß die Bestimmung verzögert wird, d. h. in Folge irgend welcher Umstände über den Zeitpunkt hinaus unterbleibt, wo sie mit Grund erwartet und gefordet werden kann.

Die Umstände können in der Person der Partei liegen, in Abwesenheit, Krankheit, selbst in dem Tode der Partei, StrA. 20 S. 173, aber auch in Nachlässigkeit, Unentschlossenheit, bösem Willen. In allen Fällen tritt die Bestimmung durch den Richter ein, die Folgen des Verzugs bleiben unberührt. Die Entscheidung des Richters wird durch Klage herbeigeführt, welche die Verzögerung und die Grundlagen für die Bestimmung der Leistung darzulegen hat. Der Gläubiger klagt gegen den Schuldner, der die Bestimmung verzögert, auf die Leistung, der Schuldner bei gegenseitigen Verträgen auf die Gegenleistung gegen die von ihm vorbehaltlich der Bestimmung des Richters zu gewährende Leistung. Bei einseitigem Rechtsgeschäft, auf welches die §§ 315 ff. ohne Bedenken anzuwenden sein werden, kann der Schuldner zu seiner Befreiung hinterlegen und auf Anerkennung der Leistung und Befreiung klagen, oder auf Feststellung, daß er mehr als die von ihm anzugebende, vom Richter zu bestimmende Leistung nicht zu leisten hat.

Die durch die Partei getroffene Bestimmung ist regelmäßig unwiderruflich. Eine Anfechtung der Erklärung, § 315 Abs. 2, ist hier wie in Abs. 2 § 318 nicht ausgeschlossen. Es ist denkbar, daß die Gegenpartei oder ein Dritter eine un-

erlaubte, rechtswidrige Einwirkung auf das billige Ermessen der berechtigten Partei ausübt, durch welche die Anfechtung der Willenserklärung der Partei begründet wird. Vgl. § 162 und den Fall in StrA. 13 S. 14, RE. 2 Nr. 195 Erl. b zu §§ 433 ff. Solche Anfechtung unterliegt den Vorschriften der §§ 116 ff.

20. Bestimmbar ist die Leistung auch dann, wenn ihre Bestimmung einem Dritten überlassen ist. §§ 317—319. Auch dies ist kein neues Recht. ALR. I 5 §§ 72, 73; 11 §§ 13 ff., 48 ff. SBGB. §§ 802 ff. (§§ 2087, 2088). C. c. art. 1129, 1592. Inst. 3, 23 (24) § 1, 24 (25) § 1. l. 76 ff. D. 27, 2 (Bestimmung des Kaufpreises, der Miethe, eines Societätsantheils). OHG. 16 S. 427 (Gesellschaftsantheil). RG. 34 S. 15, 35 S. 105. Altes Recht ist ferner, daß im Zweifel anzunehmen, der Dritte habe die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen, daß bei offenbarer Unbilligkeit der Richter angerufen werden kann, um das Ermessen des Dritten zu korrigiren und das Billige zu bestimmen. § 317 Abs. 1, § 319 Abs. 1.

Neu ist, daß die Bestimmung der Leistung durch den Richter an Stelle des Dritten wie im § 315 eintritt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder verzögert. Soll die Bestimmung durch Mehrere erfolgen, so ist nach § 317 Abs. 2 Uebereinstimmung Aller erforderlich, es müßte sich denn nur um Bestimmung einer Summe, d. h. des Quantums, der Zahl, nicht der Art der Leistung handeln. In diesem Falle soll wie nach Preuß. AGO. II 6 §§ 4, 6 im Zweifel, d. h. wenn sich aus der Abrede der Parteien nicht ein Anderes ergiebt, der Durchschnitt maßgebend sein, der sich aus der Zusammenrechnung der verschiedenen Summen dividirt durch die Zahl der Taxatoren ergiebt.

In ObTr. 27 S. 450, war nach dem Vergleiche der Parteien der Werth abgetretenen Grund und Bodens und der Betrag des durch die Abtretung für den Gewerbebetrieb des Eigenthümers entstehenden Schadens durch vier Taxatoren zu ermitteln, bei Streit sollte ein Obmann ernannt werden, der dann eine Summe fand, die unter dem Durchschnitt der vier Taxen blieb. Das ObTr. hat hier den höheren Durchschnitt der fünf Taxen für entscheidend angesehen. Die Aufgabe des Obmanns konnte nach der Meinung der Parteien hier auch die sein, die maßgebende Summe selbständig und definitiv zu bestimmen, ohne Rücksicht auf die vorangegangenen vier Taxen. Vgl. ObTr. 3 S. 75, 4 S. 429. Die Parteien können auch wollen, daß bei Nichteinigung der Mehreren die Bestimmung durch die Dritten und damit der Vertrag ganz fortfallen soll. Regelmäßig ist dies nicht anzunehmen, auch wo es sich nicht um Bestimmung einer Summe handelt, sondern um die Art der Leistung selbst. Auch in diesem Fall wird bei Nichteinigung der mehreren Dritten nach § 319 Abs. 1 Satz 2 die Entscheidung des Richters angerufen werden können, wenn nicht die Bestimmung durch die mehreren Dritten von den Parteien als Bedingung gedacht ist, von deren Eintritt der Vertrag selbst abhängig sein soll. Das können die Parteien natürlich immer wollen und bestimmen und bei der Wahlobligation ist es stets anzunehmen, wenn ein Dritter wählen soll. Vgl. oben S. 74 ff.

Aus § 317 Abs. 1 und § 319 Abs. 2 folgt, daß die Bestimmung der Leistung auch dem arbitrium merum, dem freien Belieben Dritter überlassen werden kann, in diesem Falle aber der Bestand des Vertrages davon wie von

einer Bedingung abhängt, daß der Dritte die Bestimmung trifft, und nicht verzögert. § 319 Abs. 2. Auch hier muß aber daran festgehalten werden, daß das freie Belieben des Dritten nicht als reine Willkür zu denken ist, und daß dem Mißbrauch des freien Beliebens zwar nicht dadurch entgegengetreten werden kann, daß die richterliche Entscheidung zur Bestimmung der Leistung angerufen wird, wohl aber dadurch, daß sie angerufen wird zur Entscheidung darüber, ob die Bestimmung unter Verletzung des § 242 getroffen ist. Findet der Richter das, so hat er die Sache so zu behandeln, als ob der Dritte die Bestimmung nicht treffen will.

21. Die Bestimmung der Leistung durch den oder die Dritten ist Willenserklärung wie die Bestimmung der Leistung durch die Partei selbst. Wie diese wird sie nach § 318 Abs. 1 erst wirksam durch die Erklärung gegenüber einer oder beiden Parteien, § 130, und ist wegen Irrthums, Betrugs, Drohung anfechtbar wie jede andere Willenserklärung. §§ 116 ff. Die Anfechtung steht aber nach § 318 Abs. 2 nur der einen Partei der anderen gegenüber zu, nicht dem Dritten, der getäuscht oder bedroht ist oder sich geirrt hat, weil das rechtliche Interesse an der Willenserklärung nur der hat, dessen Leistung sie bestimmt oder dessen Recht durch Bestimmung der Leistung betroffen wird. Die Vorschrift in Satz 2 und 3 Abs. 2 § 318 entspricht der in § 121 Abs. 1, 2, weicht mit gutem Grunde von der Vorschrift in § 124 ab. Anfechtungsberechtigt ist die Partei, deren Recht durch die anzufechtende Erklärung berührt wird, der Gläubiger oder der Schuldner, möglicherweise beide Parteien, wo es sich nicht bloß um das quantum sondern um das quale der Leistung handelt.

Ein Beispiel ist aus dem Falle in StrA. 13 S. 14, RE. 2 Nr. 195 Erk. b zu entnehmen, wo die Partei selbst die andere dadurch getäuscht hatte, daß sie die Wiese, die sie veräußert hatte und deren Preis nach ihrem Ertrage in dem Jahre der Veräußerung bestimmt werden sollte, in diesem Jahre arglistig mehr als wirthschaftsmäßig künstlich gedüngt und berieselt hatte. So könnte auch der Dritte getäuscht werden, der den Preis bestimmen soll.

22. Aus den §§ 315 ff. folgt für das BGB., wie aus §§ 72, 73 I 5 ALR. und l. 25 pr. D. 19, 2 für das Preuß. und gem. R. die Zulässigkeit und die Natur des s. g. Beweisvertrages, sein Unterschied von dem Schiedsvertrage, CPO. § 1025 (§ 851), und der Unterschied zwischen arbiter und arbitrator. W. 2 § 415, § 254, § 386, § 495. D. Pr. Pr. 1 §§ 142 ff., Eccius 2 § 124 zu Anm. 87. Bedeutsam ist die Festhaltung dieses Unterschiedes für die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges und der Unzuständigkeit. Wie im gem. R., l. 1 D. 4, 8, und im Preuß. R., AGO. I 2 § 167, besteht das Wesen des Schiedsvertrages darin, daß einem oder mehreren Dritten die Entscheidung eines Rechtsstreites wie durch einen Richterspruch, ad similitudinem judiciorum litem finire, übertragen wird. Etwas anderes ist, wenn die Parteien in einen Bauentreprisevertrage stipuliren, daß der Ausspruch eines Dritten endgültig darüber entscheiden soll, ob die rechtzeitige Vollendung des Baus durch Unfähigkeit, Mittellosigkeit, Nachlässigkeit des Unternehmers gefährdet sei, und daß in diesem Fall der Bauherr dem Unternehmer den Bau soll abnehmen dürfen. StrA. 27 S. 59. RE. 1 Nr. 74.

Der Ausspruch des Dritten ist in solchem Falle kein Schiedsspruch, sondern giebt nur die oder eine der, sonst des Beweises im Rechtsstreit bedürftigen thatsächlichen Unterlagen einer künftigen richterlichen

Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten. Bei theilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die theilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten. Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmte Rechte geltend machen.

Das Gleiche gilt in dem Falle des § 283, wenn nicht die Leistung bis zum Ablaufe der Frist bewirkt wird oder wenn sie zu dieser Zeit theilweise nicht bewirkt ist. [20—26])

§ 326. Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Theil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Theil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist theilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

Hat die Erfüllung des Vertrags in Folge des Verzugs für den anderen Theil kein Interesse, so stehen ihm die im Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf. [27—39])

§ 327. Auf das in den §§ 325, 326 bestimmte Rücktrittsrecht finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 entsprechende Anwendung. Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Theil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. [27—39])

Gegenseitiger Vertrag. §§ 320—327. E. I §§ 360—369; II §§ 271—279; III §§ 314—321. ALR. I 5 §§ 271 ff.; 11 §§ 221, 222, 224, 231, 232. SBGB. §§ 859—865; 866, 867 ff., 870, 721; 1098, 1099; 1013. C. c. art. 1102, 1284, 1302, 1612, 1613. W. 2 §§ 320, 321. D. P. 2 § 19—21; D. Pr. Pr. 2 §§ 45, 46; D. BR. §§ 91, 92—98. Endemann 1 § 124. Cosack 1 §§ 86, 123. Crome, System 2 §§ 168—172, 173. Schollmeyer, Kommentar zu §§ 320 ff. Düringer und Hachenburg, HGB. v. 10. Mai 1897, Bd. 2 S. 91 ff. Gruchot Bd. 44 S. 603, Bd. 45 S. 511, Bd. 46 S. 1.

I. 1. Das Wesen des gegenseitigen Vertrages besteht darin, daß jeder Kontrahent dem anderen mit Rücksicht auf dessen Leistungsversprechen eine Leistung verspricht, daß der eine dem anderen sich verpflichtet, weil dieser sich ihm verpflichtet, daß in Folge dessen Recht und Pflicht auf der einen Seite von Recht und Pflicht auf der anderen Seite abhängig ist. C. c. art. 1102 (réciproquement). Wenn der Miether dem Vermiether, der eine Veranda an das Haus anbauen will, 1000 Mk. zu dem auch ihm wünschenswerthen Anbau, der 10000 Mk. kostet, schenkt, so liegt einseitiger Vertrag vor, der konkret Schenkung mit Auflage nach §§ 525, 527 sein und sich dem gegenseitigen Vertrage nähern kann, C. c. art. 953, 954, 956, wenn die Schenkung als Beitrag zu den Kosten ausdrücklich bestimmt wird. Wenn aber der Vermiether sich dem Miether zur Herstellung der Veranda, der Miether sich zur Zahlung von 1000 Mk. zu den Kosten an den Vermiether verpflichtet, so ist das ein gegenseitiger Vertrag, auch wenn die 1000 Mk. kein Aequivalent für die Veranda sind. RG. 13 S. 166. Der Typus des gegenseitigen Vertrages ist der Kauf, §§ 433, 440 Abs. 1, HGB. II §§ 373 ff., dem der Tausch und alle anderen auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtete Verträge rechtlich gleich behandelt werden, §§ 437, 445, 493, 515, 651, § 2371 (Erbschaftskauf). Dazu treten Werkvertrag, Miethe (Pacht), die Dienstverträge des BGB. und des HGB., der Mäklervertrag, BGB. §§ 652 ff., HGB. II §§ 93 ff., der Agenturvertrag, HGB. II §§ 84 ff., Kommission, Fracht, Spedition, Lagergeschäft, der Vergleich nach BGB. § 779, die Gesellschaft nach § 705. HGB. II § 105. Ueber Darlehn und pact. de mutuo dando vgl. zu §§ 607, 610.

Unter sich sind die gegenseitigen Verträge trotz ihrer allgemeinen gleichen Natur vielfach so verschieden, daß die rechtliche Behandlung Abweichungen fordert. Das stellt sich namentlich bei den auf eine gewisse Dauer berechneten gegenseitigen Verträgen heraus, wie den Dienstverträgen, der Miethe (Pacht), den Gesellschaftsverträgen, bei denen sich Recht und Pflicht nicht in einer einmaligen Leistung und Gegenleistung erschöpft, sondern dauernd wiederkehrt. Vgl. RG. 26 S. 253 (Gesellschaft). Bei dem Leibgedingevertrag z. B., bei dem der Berechtigte gegen die Ueberlassung eines Grundstücks gewisse wiederkehrende Leistungen (Wohnung, Geld, Naturalien u. a.) auf Lebenszeit zu fordern hat, würde die Anwendung der Grundsätze der §§ 323 ff., 326 über Nichterfüllung und Verzug zu einem unleidlichen Ergebniß führen. Das Preuß. Ausf.Ges. v. 20. Sept. 1899 zum BGB. hat deshalb auf Grund Art. 96 EG. im Art. 15 § 7 den § 325 Abs. 2 wie den § 326 und den § 527 für unanwendbar erklärt, auch im § 5 Abs. 2 für den Fall der zufälligen Zerstörung der Ausgedingewohnung besondere Bestimmung getroffen. Auch das Ges. über das Verlagsrecht v. 19. Juni 1901 (RGBl. S. 217) enthält mehrfache Modifikationen der §§ 320 ff. Vgl. §§ 18, 30, 31, 33 Abs. 3, 34, 35, 36.

Im Allgemeinen finden die §§ 320 ff. unbeschränkte Anwendung auf solche gegenseitige Verträge, die sich in Leistung und Gegenleistung und deren Austausch erschöpfen.

Den Gegensatz bilden die einseitigen Verträge, bei denen Recht und Pflicht nur auf einer Seite besteht, und die sog. unvollkommen gegenseitigen Verträge, bei denen, wie bei Auftrag, unentgeltlicher Verwahrung, Leihe mit dem Recht auf der einen Seite nicht nothwendig Pflicht auf derselben Seite gegeben, Recht auf der anderen

Seite nur durch den Hinzutritt besonderer Umstände entstehen kann, die Fälle der actio directa und contraria. §§ 662, 669.

2. Das Problem der Behandlung der gegenseitigen Verträge besteht in der rechtlichen und praktischen Gestaltung der Abhängigkeit des beiderseitigen Schuldverhältnisses, der Entstehung und Begründung von Recht und Pflicht, und des Einflusses von Zufall, Verschulden, Verzug, der die eine Leistung trifft oder auf der einen Seite eintritt, auf die andere Leistung. Kein Recht kann dahin gelangen, das Schuldverhältniß aus gegenseitigem Vertrage abstrakt in zwei getrennte einseitige Schuldverhältnisse aufzulösen. Das hat auch das RR. nicht durchgeführt, obwohl es beim Kauf den Anspruch auf den Kaufpreis aus dem Vertrage, nicht aus der Leistung entstehen ließ (periculum est emptoris); bei der Miethe hat es damit nicht auskommen können. Aber auch wenn daran festgehalten wird, daß nach dem Wesen des gegenseitigen Vertrages die Leistung das Recht auf die Gegenleistung giebt, kann doch darüber gestritten werden, ob es nöthig oder praktisch, die Geltendmachung von Recht und Pflicht an die Aufdeckung des ganzen Verhältnisses zu knüpfen, Klage auf Leistung nur zuzulassen, wenn sie die Gegenleistung Zug um Zug bietet oder schon erfüllt ist, den Klagegrund für die eine Leistung in die Erfüllung der anderen zu setzen (Keller), oder sich damit zu begnügen, daß jedenfalls die Verurtheilung nur so erfolgt, wie das Gegenseitigkeitsverhältniß es fordert, und jedem Theil zu überlassen, sich auf die rechtlichen Folgen daraus zu seiner Vertheidigung zu berufen. Das ALR. I 5 §§ 271, 232; 16 §§ 22, 23 forderte zur Begründung der Klage die Behauptung und den Nachweis, daß der Kläger erfüllt habe oder Vorleistung fordern könne. Anders das gem. R. und SBGB. § 860.

3. Das BGB. läßt sehr bestimmt erkennen, daß das Schuldverhältniß aus gegenseitigem Vertrage nicht aus zwei getrennten Schuldverhältnissen besteht, sondern rechtlich dadurch qualifizirt ist, daß Leistung und Gegenleistung von einander abhängig sind, die Leistung das Recht auf die Gegenleistung giebt.

Nach BGB. entsteht a. aus gegenseitigem Vertrage keine Verpflichtung für den einen Theil, wenn der andere nicht verpflichtet ist. Es giebt kein negot. claudicans im Sinne des RR. Der gegenseitige Vertrag des Minderjährigen ist ohne die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters unwirksam. § 108. Vgl. Bd. 1 S. 108. Die Haftung des anderen Theils ist nichts anderes als die Haftung des Offerenten aus dem Angebot; und nach § 109 fällt auch diese fort, wenn er die beschränkte Geschäftsfähigkeit des anderen nicht gekannt hat, mit einem Geschäftsfähigen hat kontrahiren, d. h. einen anderen Vertrag hat abschließen wollen, als geschlossen ist.

b. Ist ein gegenseitiger Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet, so entsteht grundsätzlich für keinen Theil eine Verbindlichkeit aus dem Vertrage. §§ 306, 309, 139. Vgl. oben S. 151 ff. l. 57 pr. D. 18, 1.

c. Haben Mehrere aus demselben gegenseitigen Vertrage eine theilbare Leistung zu fordern, z. B. mehrere Verkäufer den Kaufpreis, so daß nach § 420 jeder Einzelne seinen Antheil fordern kann, so kann dieser Antheil doch nur gegen die ganze Gegenleistung, die Uebergabe des ganzen Kaufobjekts, gefordert werden, wie § 320 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich und dem Wesen des gegenseitigen Vertrages entsprechend bestimmt. Vgl. Anm. 11.

d. Grundsätzlich ist nur Zug um Zug gegen die Gegenleistung zu leisten.

§ 320 Abs. 1 Satz 1, § 322 Abs. 1. Der Vertrag und die Leistung begründet grundsätzlich den Anspruch auf die Gegenleistung. Der Käufer schuldet den Kaufpreis, wenn er die Kaufsache übergeben oder die Auflassung erhalten hat, erst damit geht die Gefahr auf ihn über, §§ 446, 447, 515 (Tausch), ausgenommen beim Erbschaftskauf, § 2380; der Verleger das Honorar, wenn das Werk abgeliefert ist, § 33 Abs. 1 Satz 1 Ges. v. 19. Juni 1901; der Miether den Miethszins, wenn und so lange ihm der Miethsgebrauch gewährt wird, §§ 535, 537, 541, 542 (§ 581); der Besteller des Werks für das abgelieferte Werk, § 641 Abs. 1 Satz 1, §§ 644, 646.

e. Nachträgliche zufällige Unmöglichkeit (Unvermögen) der einen Leistung beseitigt die Pflicht zur Gegenleistung. § 323 Abs. 1, 3.

f. Auch im Konkurse kann die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages, die noch von beiden Seiten ganz oder theilweise aussteht, nicht von der einen Seite ganz erfolgt ist, zur Konkursmasse oder nach der Eröffnung des Verfahrens nur gegen Leistung der Gegenleistung aus der Masse gefordert werden (Masseschuld). Konk.O. §§ 17, 59 Nr. 2. Vgl. § 36 Ges. v. 19. Juni 1901 über das Verlagsrecht.

g. In Zusammenhang mit der Natur des gegenseitigen Vertrages steht, daß nach CPO. § 145 (136) Abs. 2, 3 Widerklage und Aufrechnung wegen einer mit dem Klageanspruch in rechtlichem Zusammenhange stehender Gegenforderung nicht zu getrenntem Verfahren verwiesen werden kann.

II. 4. Vorleistung und Nachleistung. Dem materiellen Wesen des gegenseitigen Vertrages widerspricht nicht, was sich aus § 322 Abs. 1, § 320 Abs. 1 für die formelle Geltendmachung der Rechte ergiebt. Grundsätzlich kann auf Leistung nur Zug um Zug gegen Leistung verurtheilt werden. § 322 Abs. 1. Die Regel ist Leistung Zug um Zug, Entw. I § 362. Das Gesetz ändert diese Regel bei der Miethe (Pacht), indem es in § 551 (581) die Zahlung des Miethszinses (Pachtzinses) postnumerando ordnet, ebenso für den Dienstvertrag im § 614. Der Vermiether hat durch Gewährung des Miethsgebrauchs, der Dienstverpflichtete durch Gewährung der Dienste vorzuleisten. Vgl. zu §§ 535 ff., 611 ff. über die Bedeutung stipulirter Pränumerandozahlung. Auch der Hinterleger entrichtet nach § 699 grundsätzlich die vereinbarte Vergütung erst bei der Beendigung der Aufbewahrung. Durch Vertrag kann dies in diesen und allen Fällen des gegenseitigen Vertrages geändert werden. Ist nach dem Vertrage oder dem Gesetz von dem einen Theil vorzuleisten, so klagt der Berechtigte diese Leistung ein; im Streitfalle hat er seine Berechtigung, die Vorleistung zu fordern, als Abweichung von der Regel zu behaupten und zu beweisen; zur Begründung der Klage bedarf es dessen nicht. § 322 Abs. 1 Satz 1. Der Verpflichtete hat zu leisten, wenn er nicht seine Befreiung von der Verpflichtung durch Befriedigung des Gläubigers, oder darthut und beweist, daß der Gläubiger selbst nie erfüllen konnte oder in Zukunft nicht erfüllen kann. §§ 323 ff. Denn wer Erfüllung fordert, weil er Vorleistung fordern kann, hat nicht zu beweisen, daß er selbst erfüllen kann; die Behauptung der Unmöglichkeit der Leistung ist Sache der exc. StrA. 50 S. 94. Daß er dem Gläubiger die Vorleistung angeboten, der Gläubiger sie nicht angenommen hat, befreit den Beklagten nicht, — §§ 300 ff., vgl. oben S. 142, — beeinflußt nur die Kostenpflicht. CPO. § 93.

5. Eine besonders geartete Einrede giebt aus Billigkeitsgründen dem Schuldner in diesem Falle, aber auch nur in diesem Falle, der § 321. Vgl. C. c. art. 1188.

Der Schuldner kann die Vorleistung verweigern und Zug um Zug die Gegenleistung oder Sicherheit für sie fordern, wenn er beweist, daß nach Abschluß des Vertrages eine solche wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Gläubigers eingetreten ist, daß der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet ist, d. h. dem Schuldner droht, daß er leistet, die Gegenleistung aber ganz oder theilweise nicht erhält. Die Einrede hat die Natur der exc. aus der clausula rebus sic stantibus, ALR. I 11 § 656; 5 §§ 360 ff.; BGB. § 610, vgl. oben S. 113 Anm. 99 und RG. 37 S. 336 (Baugeldervertrag). Vgl. zu §§ 362 ff. unter 1 d. RG. 50 S. 255.

Ein Unterschied besteht darin, daß sie nicht wie diese zur Auflösung des Vertrages, sondern nur zur Sicherung des Schuldners führt. Denn der Schuldner kann, wenn die Einrede begründet ist, nie Abweisung der Klage, sondern nur Verurtheilung Zug um Zug verlangen, auch wenn die Gegenleistung, die er zu fordern hat, noch nicht fällig ist. Diese Verurtheilung kann der Gläubiger, der die Einrede nicht durch Gegenbeweis beseitigen kann, nur dadurch abwenden, daß er für die Gegenleistung, die er schuldet, dem Beklagten Sicherheit leistet, und zwar nach §§ 232 ff., nicht nach § 273 Abs. 3, von dem das Gesetz hier nichts sagt. Das fällt natürlich auch hier fort, wenn er bereits Sicherheit in Händen hat, die ausreicht. Voraussetzung der Einrede ist, daß nach dem fertigen Abschluß des Vertrages (bedingten, befristeten, unbedingten) in den Vermögensverhältnissen dessen, der die Vorleistung zu fordern hat, die Veränderung eintritt. Daß die üble gefährdende Vermögenslage des Berechtigten schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestand, der Verpflichtete davon erst nach dem Abschluß des Vertrages Kenntniß erlangt hat, genügt zur Anwendung des § 321 nicht. Daraus kann die Anfechtung des Vertrages wegen Irrthums oder argliſtiger Täuschung begründet sein, vgl. zu § 119 Bd. 1 S. 139, aber nicht die Einrede aus § 321, die im Sinne der clausula rebus sic stantibus Veränderung der Vermögensverhältnisse im Verhältniß zu ihrem Stande bei Abschluß des Vertrages voraussetzt. Und wer vorgeleistet hat, z. B. der Vermiether, der die Wohnung übergeben und die Miethe quart. postn. zu fordern hat, kann auf § 321 niemals das Verlangen sofortiger Zahlung der noch nicht fälligen Leistung (Miethe) gründen. Aus § 321 kann auch nicht hergeleitet werden, daß derjenige auf die ihm gebührende noch nicht fällige Leistung klagen kann, der vorzuleisten und noch nicht vorgeleistet hat. Der Beklagte würde der Klage immer entgegensetzen können, daß er noch nicht zu leisten habe, und diese nach § 320 Abs. 1 Satz 1 begründete Einrede kann durch eine Replik aus § 321 dahin, es werde die Leistung gefordert, weil sie, wenn auch noch nicht fällig, doch gefährdet, nicht beseitigt werden. Dazu ist der § 321 nicht bestimmt. Anders Düringer und Hachenburg S. 101, Dernburg a. a. O. § 93 Anm. 7.

Was als wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse, — nur auf die Vermögensverhältnisse kommt es an, — anzusehen, ist nur konkret nach Grund und Zweck des Gesetzes zu finden.

6. Wer die ihm zustehende Leistung fordert, obwohl er vorzuleisten und noch nicht vorgeleistet hat, klagt zu früh und wird abgewiesen. Hat er aber die von ihm geschuldete Vorleistung dem Anderen so angeboten, daß derselbe dadurch in Verzug gesetzt ist, so wird er dadurch zwar nach dem zu §§ 300 ff.,

oben S. 142 ff. unter Anm. 11 ff. dargelegten Grundsatze von seiner Schuld nicht frei, aber er kann nach § 322 Abs. 2 nunmehr die ihm geschuldete Leistung so einklagen, als ob er selbst geleistet habe und abwarten, daß der Beklagte sich auf die ihm zustehende Gegenleistung beruft. Geschieht dies, so wird der Beklagte nach § 322 Abs. 2, der in der Fassung ganz verunglückt ist, zur „Leistung nach Empfang der Gegenleistung“ verurtheilt, eine inkorrekte und unbillige Vorschrift, da sie den Gläubiger, obwohl der Andere im Annahmeverzuge, zwingt, die Gegenleistung wiederholt anzubieten. Anders Düringer und Hachenburg a. a. O. S. 96. Den Annahmeverzug hat der Kläger zu beweisen. Die Vollstreckung des Urtheils soll so erfolgen, wie in § 274 Abs. 2 vorgeschrieben, vgl. oben S. 97, d. h. wie bei Urtheilen auf Erfüllung Zug um Zug. Danach findet der § 726 Abs. 2 CPO. hier ebenso Anwendung, wie die §§ 756, 765 CPO.

7. exc. non rite ad. contr. Wer vorzuleisten hat und vorgeleistet hat, ist nunmehr die Gegenleistung zu fordern berechtigt. Daß er geleistet hat, muß er natürlich beweisen wie Jeder, der Erfüllung fordert, weil er erfüllt hat. Nach § 320 Abs. 2 steht dem Anspruch auf die Gegenleistung aber nicht entgegen, daß die Vorleistung nicht voll geleistet ist, vorausgesetzt, daß die Verweigerung der Gegenleistung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnißmäßiger Geringfügigkeit des nicht geleisteten Theiles, gegen Treue und Glauben verstoßen würde. Das ist eine Anwendung des Grundsatzes in § 242, wie sie früher bei Zahlungs- und Annahmeverzug erwähnt ist. Vgl. die ähnlichen Vorschriften in § 459 Abs. 1 Satz 2 (unerhebliche Minderung des Werths oder der Tauglichkeit der Kaufsache begründet die Gewährleistung nicht) und § 634 Abs. 3 (keine Wandlung, wenn der Mangel des Werks den Werth oder die Tauglichkeit nur unerheblich mindert). Der Miether kann die Zahlung der Miethe nach Ueberlassung der Miethssache zum Gebrauch z. B. nicht verweigern, weil im Garten die oder eine Laube, oder ein Ofen, ein Doppelfenster, oder die Badewanne fehlt, oder ein Fußboden nicht gestrichen oder nicht parkettirt, oder ein Zimmer nicht die zugesagte Tapete hat, die Vorleistung insoweit mangelhaft ist. Weshalb zwischen dem Falle der fehlenden und der mangelhaften Leistung geschieden werden soll, ist nicht abzusehen. Der Käufer, dem die Kaufsache übergeben, kann die Zahlung des Kaufpreises nicht verweigern, weil ein geringfügiges Quantum fehlt, oder am Pferde ein Stück des Zaumzeugs, oder im gekauften Hause Nebensachen fehlen, ein Baum aus dem Garten genommen, oder eine Treppe oder ein Flur oder ein Stück der Hauswand nicht gestrichen ist, oder sonst etwas fehlt oder mangelhaft ist, was nachgeholt werden kann. Vgl. ObTr. 3 S. 229. RE. 1 Nr. 99 Erk. b (Verkauf einer Brauerei mit Gastwirthschaft; nach der Uebergabe wird gegen die Klage auf den Kaufpreis gerügt, daß Schlüssel, Klingelzüge, ein Billard u. a. gefehlt haben).

In allen solchen Fällen kann der Schuldner nach § 320 Abs. 2 nicht einfach seine Leistung verweigern, sondern er hat sie ganz zu leisten oder darf sie doch nur insoweit verweigern, als es nicht gegen Treu und Glauben verstößt, d. h. er darf nur abziehen, was das Fehlende oder Mangelhafte ausmacht. Die exc. non adimpl. contr. greift in solchem Falle nicht durch. Dieser Satz ist aus § 320 Abs. 2 für das BGB. ebenso zu folgern, wie er als feststehender Satz des gem., des Preuß. und des Handelsrechts bisher gegolten hat. l. 31 D. 21, 2. OHG. 6 S. 102, 104; 13 S. 252, 15 S. 218, 11 S. 286, 388; 21 S. 104. RG. 20 S. 57, 34 S. 191, 30

S. 155. ObTr. Präj. 857, 978, 1174, 1051, 1592. ObTr. 3 S. 229, 6 S. 53. RE. 1 Nr. 99.

Wer Erfüllung in der Hauptsache erhalten und angenommen hat, muß seinerseits erfüllen oder darlegen und auch beweisen, daß und weshalb und inwieweit die Leistung an ihn keine Erfüllung war und daß und was er deshalb seinerseits nicht zu leisten hat, BGB. § 363. Die einfache Negation nützt ihm nichts. Wird der Umfang dessen, was geleistet und was nicht geleistet ist, streitig, so hat der Kläger, der die Gegenleistung fordert, allerdings zu beweisen, daß und was er zur Erfüllung geleistet hat. Aber soweit der Gegner selbständige Ansprüche aus der erfolgten, angenommenen, nur theilweisen oder mangelhaften Erfüllung geltend macht (Rücktritt, Entschädigung), hat er die Grundlagen dieses Anspruchs zu beweisen. l. 31 D. 21, 2. RG. 28 S. 29 (Betrug), 20 S. 57. OHG. 8 S. 220, 423, 6 S. 324. Die Sache liegt nicht anders als bei der Gewährleistung, die sonst mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nichts zu thun hat. Vgl. zu §§ 433 ff., 459 ff.

Ob der Fall des § 320 Abs. 2 vorliegt, ob das Verhältniß des geleisteten und des rückständigen Theils so, daß ohne Verletzung von Treu und Glauben die Gegenleistung ganz oder theilweise nicht verweigert werden kann, ist Sache der konkreten Prüfung des einzelnen Falls, wobei es auch auf die Natur des Vertrages ankommen kann. Von der Anwendung des § 320 Abs. 2 ist grundsätzlich nicht die Rede, wenn A an B 300 W. Getreide verkauft, zahlbar drei Tage nach Ablieferung, nur 200 W. liefert und dann Zahlung für diese fordert, oder wenn der Transport von 6000 Stück Schwellen übernommen ist und nur 4500 transportirt werden und dann Zahlung gefordert wird, obwohl Zahlung erst nach vollendetem Transport stipulirt. StrA. 70 S. 74. OHG. 11 S. 286. Noch weniger dann, wenn ein Doppelgespann oder Viergespann, oder ein Goethe in der Ausgabe zu 12 Bänden verkauft und nur ein Pferd oder einzelne Bände geleistet sind. Der § 320 Abs. 2 kann aber zur Anwendung kommen, wenn die 100 W. nicht mehr geliefert werden können, weil Einfuhrverbot dazwischen getreten, oder der Verkäufer verstorben und sein Geschäft aufgelöst, oder wenn der Transport der fehlenden 1500 Schwellen wegen unterbrochener oder erschwerter Kommunikation oder Pferdepest oder aus ähnlichen Gründen auf nicht absehbare Zeit gehindert.

Der § 320 Abs. 2 findet wie nach früherem R. gewiß keine Anwendung, wenn ein Grundstück verkauft und übergeben, der Verkäufer aber seine Legitimation nicht führen und nicht auflassen kann, oder Hypotheken auf dem Grundstück eingetragen stehen, die nicht übernommen oder deren Löschung übernommen. Vgl. diese und ähnliche Fälle ObTr. 37 S. 101, Präj. 2002. StrA. 3 S. 65, 33 S. 37, 54 S. 88. Aber wenn A für B einen Bau zu 50000 Mk. übernommen, Zahlung in bestimmter Frist nach Vollendung und Abnahme zu fordern hat, bei der Abnahme die Sachverständigen Mängel rügen, die mit einem Aufwande von 135 Mk. zu heben, A auf Zahlung der Bausumme nach Abzug dieser 135 Mk. klagt, so kann auch nach BGB. B nicht exzipiren, daß A nicht erfüllt habe. StrA. 6 S. 140. Ebenso wenn A seine gesammte Gutsmilch auf bestimmte Zeit und für bestimmten Preis an B verkauft, der dafür Milchkammer und Wohnung zu fordern hat, aber auch eine Kaution von 300 Mk. zu stellen hat, B statt dessen nur 150 Mk. als Kaution zahlt, der Vertrag trotzdem in Ausführung gebracht wird, kann A nicht plötzlich während der Vertragszeit die Milchlieferung einstellen, den B hinauswerfen, weil noch 150 Mk. an der

Kaution fehlen. StrA. 12 S. 125. Vgl. ähnliche Fälle in OHG. 11 S. 388, 13 S. 352, 21 S. 204.

8. Anders gestaltete sich auch nach BGB. die Sache, wenn die Vorleistung angeboten, aber nicht angenommen, weil sie unvollständig oder mangelhaft. Darauf bezieht sich § 320 Abs. 2 nicht, der theilweise Leistung voraussetzt. Grundsätzlich braucht unvollständige oder mangelhafte Erfüllung als Erfüllung nicht angenommen zu werden. Theilleistung braucht der Gläubiger nach § 266 nicht zu nehmen. Indessen ist auch hier nach § 242 zu prüfen, ob der fehlende Theil oder der Mangel nicht so geringfügig, daß der Gläubiger gegen Treu und Glauben verstößt, wenn er die Leistung nicht annimmt. Vgl. oben zu §§ 293—304 S. 139. In den Fällen ObTr. 11 S. 190 und StrA. 100 S. 289 würde davon auch nach BGB. nicht die Rede sein können. Dort hatte A an B ein Hausgrundstück verkauft, Uebergabe und Auflassung war zu bestimmtem Tage verabredet, erfolgte aber nicht, weil B sich nicht einfand. Auf die Klage des A auf Zahlung des Kaufpreises wendete B ein, daß A nach dem Vertragsschlusse den Hausgarten vollständig devastirt habe und verlangte deshalb Abweisung der Klage. Das ObTr. hat dies gegen beide Instanzen für erheblich erachtet. Aehnlich im zweiten Falle, wo ein Grundstück mit der Verpflichtung verkauft war, die eingetragene Hypothek löschen zu lassen und der Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises klagte, nachdem der Käufer die Uebernahme, Auflassung und Zahlung abgelehnt, weil 15000 Mk. Hypothek ungelöscht geblieben waren.

9. Die Frage, ob der, der vorgeleistet hat, seine Leistung zurückfordern kann, wenn die Gegenleistung ausbleibt, ist grundsätzlich zu verneinen, wie nach früherem Recht. StrA. 100 S. 289. Dem Verkäufer, der erfüllt, den Kaufpreis aber gestundet hat, versagt das Rücktrittsrecht der § 454 ausdrücklich. Im Uebrigen entscheidet sich die Frage aus den §§ 325, 326. Vgl. Anm. 20 ff., 27 ff.

Ueber die Frage, ob derjenige, der irrthümlich vorgeleistet hat, seine Leistung zurückfordern kann, vgl. zu §§ 812 ff.

III. 10. Wenn, wie die Regel, aus gegenseitigem Vertrage Zug um Zug zu leisten ist, kann Jeder die ihm gebührende Leistung klagend fordern. Er braucht seine Gegenleistung weder anzubieten, noch zu behaupten, daß er bereits erfüllt oder seine Gegenleistung angeboten, den Anderen in Verzug gesetzt hat. Das BGB. sorgt nur dafür, daß der Andere nicht ohne seine Willen zu mehr verurtheilt wird, als er aus dem Vertrage schuldet. Vertheidigt der Beklagte sich gegen die Klage nicht, so ergeht deshalb Versäumnißurtheil. Nach § 320 Abs. 1 Satz 1 und § 322 Abs. 1 kann der Beklagte die schuldige Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern und zur Leistung nur Zug um Zug verurtheilt werden. Die Berufung des Beklagten auf dies sein aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages folgendes Recht bezeichnet das BGB. als die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. exceptio non adimpl. contr. § 202 Abs. 2. Sie muß vom Beklagten geltend gemacht werden, wie aus § 320 Abs. 1 Satz 1 und § 322 Abs. 1 unzweideutig folgt, hindert aber den Kläger nicht an der Verfolgung seines Anspruchs, der aus dem Vertrage mit dessen Perfektion entstanden ist; nach § 202 Abs. 2 steht sie der Verjährung des Anspruchs deshalb ebensowenig wie die des Zurückbehaltungsrechts entgegen. Sie ist nicht negative Litiskontestation, weil sie den Anspruch nicht einfach leugnet, auch nicht leugnen kann, auch nicht die exc.

doli aus § 242, sondern die exc. pacti, die den Anspruch aus dem Wesen des Vertrages nur einschränkt. Sie hat nichts zu beweisen, als daß ein gegenseitiger Vertrag vorliegt, wird dessen aber regelmäßig durch die Klage überhoben sein; möglich bleibt die Nothwendigkeit des Beweises, wenn über die geforderte Leistung Schuldversprechen, Schuldanerkenntniß abgegeben ist. §§ 780, 781. Ist die Entstehung der geforderten Leistung aus gegenseitigem Vertrage klar gestellt, so folgt aus der Natur desselben, daß der Kläger, der Leistung (nicht bloß Feststellung, Anerkennung) fordert, beweisen muß, entweder, daß er selbst geleistet hat, oder daß der Andere vorleisten muß, weil ohnedies aus gegenseitigem Vertrage Erfüllung nur Zug um Zug gefordert werden kann. Entw. I § 366. Wer Erfüllung nur fordern kann, wenn er selbst erfüllt hat, und behauptet, daß er erfüllt hat, muß beweisen, daß er erfüllt hat; ohne diesen Beweis kann er weder einfach Erfüllung, noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, und es versteht sich ebenso von selbst, daß, wer von einem gegenseitigen Vertrage zurücktritt, nicht gleichzeitig Erfüllung fordern kann. ObTr. 17 S. 184. StrA. 11 S. 347. RG. 48 S. 273.

Die Einrede wirkt gleich der Einrede des Zurückbehaltungsrechts, § 273, insofern sie immer nur zur Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug führt, § 322 Abs. 1, § 274 Abs. 1, ist aber von ihr darin verschieden, daß sie Einrede aus dem Vertrage ist, sich nicht bloß auf einen fälligen Gegenanspruch beruft, deshalb nicht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann, wie § 320 Abs. 1 Satz 3 ausdrücklich bestimmt, indem er die Anwendung des § 273 Abs. 3 ausschließt. Sicherheitsleistung für die Leistung ersetzt nicht die Leistung, die der Beklagte aus dem Vertrage zu fordern hat. Anders als die Einrede aus § 273 wirkt die Einrede des nicht erfüllten Vertrages auch gegen die Leistungsklage des Verwalters im Konkurse. KonkO. § 17, § 59 Nr. 2. Die Einrede wird nicht beseitigt, wenn der Kläger behauptet und beweist, daß er die von ihm geschuldete Leistung angeboten und den Beklagten in Verzug gesetzt hat. Auch hier schlägt durch, daß der Annahmeverzug nie Befreiung von der Schuld bewirkt, es müßte denn durch den Annahmeverzug die Leistung unmöglich geworden sein, § 324 Abs. 2. Nach §§ 300 ff. führt er nur dahin, daß der Kläger so fordern kann, als ob er geleistet hat, was für die Klage aus gegenseitigem Vertrage überhaupt gilt. Auch bei Annahmeverzug des Beklagten erreicht der Kläger nichts, als Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug, wenn er nicht beweist, daß er von seiner Leistung befreit ist. § 324 Abs. 2. Ist die Verurtheilung rechtskräftig geworden, so vollstreckt der Gläubiger das Urtheil nach § 274 Abs. 2, § 322 Abs. 3, CPO. §§ 726, 756, 765. Ist der Schuldner verurtheilt, gegen Zahlung des Kaufpreises aufzulassen, so kommt nach CPO. § 726 Abs. 2 a. E. der § 894 CPO. in Betracht. Der Gläubiger hat dem Schuldner den Kaufpreis zu zahlen oder ihn in Annahmeverzug zu setzen, dies durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachzuweisen, CPO. § 726 Abs. 1, § 756, und auf Grund dieses Nachweises die Vollstreckungsklausel für das Urtheil nachzusuchen. CPO. § 725. BGB. § 925.

Nach §§ 283, 325 Abs. 2 kann der Gläubiger aber die Umständlichkeit einer aussichtslosen Zwangsvollstreckung dadurch vermeiden, daß er dem Schuldner eine angemessene Frist zur Erfüllung mit der gleichzeitigen Erklärung bestimmt, er lehne nach dem Ablauf der Frist die Annahme der Leistung ab. Vgl. oben zu § 283 S. 118. Mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist tritt an Stelle der Leistung von selbst der Anspruch auf das Interesse; das Setzen der Frist wirkt der Resolutivbedingung gleich.

Theilweise Leistung in der Frist braucht der Gläubiger nicht anzunehmen; nimmt er sie in Erwartung der vollständigen Leistung in der Frist an oder hat er sie vorher angenommen, so wird sein Recht aus der Fristsetzung nicht beseitigt, wenn die Restleistung ausbleibt und die Theilleistung keine Erfüllung für ihn ist, was er zu beweisen hat. Vgl. oben S. 124, 125 und zu § 325. Eine Ausnahme macht § 454 für den Fall, daß der Verkäufer erfüllt und den Preis gestundet hat, also nicht für den Fall der Leistung Zug um Zug oder der Vorleistung durch den Käufer. Vgl. zu § 454.

11. Nach § 320 Abs. 1 Satz 2 greift die exc. non ad. contr. auch dann durch, wenn der eine von mehreren Gläubigern aus demselben Vertrage seinen Antheil an der Leistung vor Bewirkung der **ganzen** Gegenleistung fordert. Vgl. SVGB. § 1099. Das setzt nothwendig voraus, daß eine theilbare Leistung vorliegt, § 420, vgl. § 432. Sind die mehreren Gläubiger Gesammtgläubiger, so daß Jeder das Ganze fordern kann, der Schuldner an Jeden das Ganze zu leisten hat, §§ 428, 432, so liegt die Sache nicht anders, als wenn ein Gläubiger und ein Schuldner sich gegenüberstehen. In beiden Fällen können die mehreren Gläubiger die Gegenleistung aus dem Vertrage als Gesammtschuldner schulden. Nach § 427 ist dies die Regel, auch wenn die Gegenleistung theilbar, und nach § 431 ist es stets der Fall, wenn die Gegenleistung untheilbar. In beiden Fällen versteht sich nach dem Wesen des gegenseitigen Vertrages von selbst, daß der einzelne Gläubiger seinen Antheil oder einen Theil nicht fordern kann, ohne seine ganze Schuld zu leisten, weil er ohnedies Vorleistung fordern würde, die er nur fordern kann, wenn sie bedungen oder gesetzlich vorgeschrieben. Der Satz 2 Abs. 1 § 320 macht aber keinen Unterschied zwischen diesen beiden Fällen und dem Falle, wo die mehreren Gläubiger nicht Gesammtschuldner, sondern ausnahmsweise, in Folge Vertrages, Jeder nur seinen Antheil schuldet. In allen Fällen, wo an Mehrere zu leisten, soll der Einzelne nicht fordern können ohne Bewirkung der ganzen Gegenleistung, auch wenn er die ganze Gegenleistung nicht schuldet; darin liegt die eigentliche Bedeutung des Satz 2 Abs. 1 § 320, der sonst überflüssig wäre. Die Vorschrift findet demnach Anwendung, wenn A und B an C verkauft haben und stipulirt ist, daß ein Theil des Kaufpreises an A, ein Theil an B zu zahlen. Weder A noch B kann ohne abweichende Abrede seinen Theil ohne Leistung des ganzen Kaufgegenstandes fordern. Wenn A an B und C verkauft hat, kann B die Erfüllung auch theilweise nicht fordern, ohne daß A den ganzen Kaufpreis erhält, mag der Kaufgegenstand untheilbar sein oder theilbar. Wenn A und B an C 500 W. Getreide verkaufen mit der Abrede, daß Jeder einen bestimmten Antheil an dem Kaufpreise haben und von dem Kaufobjekt 250 W. liefern soll, so folgt nach Satz 2 Abs. 1 § 320 daraus allein nicht, daß Jeder nach Lieferung seines Theils seinen Kaufgeldtheil fordern kann, auch wenn der andere nicht geliefert hat. Hier kann aber § 320 Abs. 2, § 242 eingreifen, auch ausdrücklich oder stillschweigend gemeint sein, daß Jeder seinen Theil nach Leistung seines Theils soll fordern können.

Der Satz 2 Abs. 1 § 320 sagt nicht, wie es zu halten, wenn nicht die Leistung an Mehrere zu erfolgen hat, sondern durch Mehrere, d. h. ob in diesem Falle einer der mehreren Schuldner daraus die exc. non ad. contr. in Bezug auf seinen Antheil an der Schuld herleiten kann, daß die Gegenleistung seinen Mitschuldnern nicht geleistet ist. Wenn die von den Mehreren geschuldete Leistung untheilbar,

satz der Wiederaufbaukosten und der Werth der Ernte auch nach § 323 BGB. unbegründet gewesen sein, weil aus der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung nichts folgt, als daß der Verkäufer keinen Anspruch auf den Kaufpreis hat und den erhaltenen Kaufpreis zurückgiebt. Im zweiten Falle würde die Kirchengemeinde auch nach BGB. den Kaufpreis nicht fordern können, weil sie nach §§ 158, 177, 178 den Anspruch auf den Kaufpreis erst mit der Genehmigung des Verkaufs, als dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung, wenn der Vertrag unter dieser Bedingung geschlossen oder als geschlossen anzusehen war, erwarb und vorher das Kaufobjekt untergegangen, damit aber der Vertrag selbst nach § 308 Abs. 2 fortgefallen war. ALR. I 11 §§ 95, 258, 259. Vgl. Bd. 1 S. 224. Ebenso liegen die Fälle, wo das Gesetz z. B. zur Uebertragung von Aktien, Geschäftsantheilen die Genehmigung der Gesellschaft fordert und die Genehmigung versagt wird. Nachträgliche nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Erfüllung liegt vor, wenn die verkaufte Aktie (Werthpapier) zwischen Vertragsschluß und Lieferung eingezogen, amortisirt wird.

Dabei ist nur darauf hinzuweisen, daß Annahme und Schuldnerverzug den Gefahrsübergang beeinflussen. Vgl. § 324 Abs. 2, § 300 Abs. 1, § 287 Satz 2.

15. Der Anspruch auf die Gegenleistung fällt fort, das bereits Geleistete wird nach Abs. 3 § 323 als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert, denn der Empfänger der Leistung hat nach Fortfall seiner Verpflichtung aus dem Vertrage das als Gegenleistung Empfangene ohne Rechtsgrund hinter sich. BGB. § 812 Abs. 1 Satz 2. Dem Behalten des Geleisteten fehlt die causa. ALR. I 5 §§ 155 ff., 366, 367, 368; 16 § 199. Die Grundsätze von der ungerechtfertigten Bereicherung sollen auf die Rückforderung Anwendung finden, also §§ 814, 818, 819. Wer wissentlich nach dem Eintritt der Unmöglichkeit leistet, fordert nach § 814 nicht zurück, ein Fall, der schwerlich oft vorkommen wird. Wer wissentlich nach dem Eintritt der Unmöglichkeit annimmt, oder nachträglich die Unmöglichkeit erfährt, haftet vom Empfang oder der Kenntniß gemäß § 819 nach §§ 291, 292. Vgl. oben S. 131—133 und unten zu § 819. Ebenso haftet er von der Rechtshängigkeit des Anspruchs ab auf Rückgabe. Dagegen soll er nach § 818 Abs. 2 vor der Rechtshängigkeit und solange er ohne Kenntniß der Unmöglichkeit geblieben, auf Herausgabe oder Werthsersatz nicht haften, soweit er nicht mehr bereichert ist. Das ALR. sagte, daß der Zurückgebende als redlicher Besitzer anzusehen sei, aber vergüten müsse, was er aus der zurückzugebenden Sache in seinen Nutzen wirklich verwendet habe. Danach blieb dem, der vorgeleistet hatte, die Gefahr seiner Leistung. I 7 §§ 219, 240, 241. Vgl. auch I 16 §§ 202, 203.

Anders ist auch das BGB. nicht zu verstehen. Zerstört, verdirbt, der Empfänger das, was er erhalten, oder wirft er es fort, so thut er das auf seine Gefahr; denn bis zur Bewirkung seiner Leistung ist der Empfang resolutiv bedingt. § 160. Der Empfänger hat, wenn der Empfang feststeht, zu beweisen, daß der Anspruch des Anderen aus dem Empfang fortgefallen, und zwar durch einen ihn liberirenden Fortfall der Bereicherung. OHG. 22 S. 298, 300. Ein Fortfall der Bereicherung, den der Empfänger verschuldet hat, kann ihn nicht liberiren. In den von Dernburg 2 § 96 unter I 3 angeführten Beispielen kann der Verkäufer so wenig wie der Vermiether sich darauf berufen, daß er den Kaufpreis für das vor der Uebergabe gefallene Pferd, den Miethszins für die vor der Uebergabe oder in der Miethsperiode zerstörte Wohnung verspielt hat. Der Nachweis, daß das Geld

mit dem Miethshause verbrannt, oder daß der Kaufpreis dem Händler geraubt, würde freilich genügen. Vgl. im Uebrigen zu §§ 812 ff.

16. Der § 281, vgl. oben S. 117, findet nach § 323 Abs. 2 auch hier Anwendung. War die untergegangene Sache durch den Verkäufer versichert, ist die Uebergabe durch Enteignung unmöglich geworden, so kann der Käufer an Stelle des Anspruchs auf die Leistung die Herausgabe der Brandentschädigung oder der Enteignungssumme oder Abtretung des Anspruchs auf dieselbe fordern. Von selbst, ex lege, geht der Anspruch nicht über. Es versteht sich von selbst, daß dann aber auch die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen bleibt oder wiederauflebt, ganz, wenn der Werth des Ersatzes oder Ersatzanspruchs dem Werth der unmöglich gewordenen Leistung gleichkommt, theilweise, wenn der Werth der Leistung durch den Ersatz nur theilweise ausgeglichen wird. Die §§ 472, 473 sollen auch hier Anwendung finden, d. h. das Verhältniß des Werths der Leistung zu dem der Gegenleistung ist auch maßgebend für das Verhältniß des Ersatzes (Ersatzanspruchs) zu der Gegenleistung. Das Haus, das für 100000 Mk. gekauft, kann 150000 Mk. werth gewesen sein, dann kann der Käufer nicht 100000 Mk. schulden, wenn er die Versicherungssumme für das abgebrannte Haus mit 80000 oder selbst 100000 erhält. Besteht die Gegenleistung nicht in Geld, sondern in einer anderen Sache (Tausch), so tritt der Werth der Sache zur Zeit des Vertragsschlusses an die Stelle der Baarleistung und was von dieser zurückzuzahlen wäre oder fortfiele, wird, da die Sache als Gegenleistung nicht getheilt werden kann, in Geld vergütet, wenn die Parteien nicht anders bestimmen.

17. Bei theilweiser Unmöglichkeit soll nach Abs. 1 § 323 die Verpflichtung zur Gegenleistung auch nur theilweise fortfallen und zwar gemäß §§ 472, 473 in demselben Verhältniß, in welchem der Werth der ganzen Leistung zur Zeit des Vertragsschlusses zu dem Werth der noch möglichen Leistung gestanden haben würde, was zu sehr künstlichen Berechnungen führen kann, wenn nach dem Verkaufe und vor der Uebergabe der Dachstuhl des Hauses abgebrannt ist, oder ein Gartenhaus im Garten, u. a. Vgl. zu §§ 472, 473. Eine act. oder exc. quanti minori im Sinne der Gewährleistung, § 465, ist das natürlich nicht; es handelt sich um einen durch das Gesetz beschränkten Anspruch aus dem Vertrage.

Ueber den Begriff der theilweisen Unmöglichkeit und dessen Relativität vgl. oben zu §§ 275 ff. S. 110, 116 und 306 ff., S. 153. Das ist hier von besonderer Bedeutung, weil die theilweise Unmöglichkeit der Leistung immer nur zur theilweisen Minderung der Gegenleistung, nicht zur Aufhebung des Vertrages und zum Fortfall der Verpflichtung zur Gegenleistung führen soll, auch wenn die theilweise Leistung für den Gläubiger kein Interesse hat. Den Begriff deshalb hier anders zu nehmen, als in §§ 275, 307 Abs. 2, und auf die Unmöglichkeit realen Theils, Quantums, zu beschränken, ist nicht gerechtfertigt. Gleichwohl ist richtig, daß der Käufer das durch einen Zufall vor der Uebergabe lahm gewordene Pferd nicht zu nehmen und nach seinem Minderwerth zu bezahlen, daß der Miether nicht in eine theilweise ausgebrannte oder durch Wolkenbruch beschädigte Wohnung zu ziehen, der Käufer havarirte Waare nicht zu nehmen braucht. Düringer und Hachenburg a. a. O. S. 104. Vgl. auch die Fälle OHG. 8 S. 153 (Einziehung eines Werkmeisters zum Kriege während der Vertragszeit, Rückkehr vor Ende der Vertragszeit, die Arbeitsstelle hat besetzt werden müssen)

steht, ein Abzug in Geld deshalb nicht möglich ist, so hat er seinem Schuldner den Werth dessen, was er erspart hat, herauszugeben und zwar Zug um Zug gegen die Gegenleistung. Der Dienstverpflichtete, der gegen Ueberlassung der Nutzung von Land Dienste zu leisten hat und die Dienste durch Schuld des Berechtigten nicht hat leisten können, während der Vertragszeit aber anderweit gegen Entgelt Dienste geleistet hat, kann das Land zur Nutzung nur fordern gegen Herausgabe dessen, was er an Geld verdient hat.

Der Schuldner darf nicht böswillig die anderweite Verwerthung seiner Arbeitskraft unterlassen. Vgl. § 254 Abs. 2. Böswillig handelt er, wenn er die Verwerthung unterläßt, obwohl ihm die Verwerthung möglich, sie ihm anzusinnen ist und er sie unterlassen hat mit der Absicht oder in dem Bewußtsein, daß er dadurch dem Anderen die Kürzung wider Treu und Glauben abschneide. Alles dies ist Sache der konkreten Prüfung des einzelnen Falls und von dem zu beweisen, der die Kürzung der Gegenleistung, d. h. seine theilweise Befreiung von derselben fordert.

Wenn der befreite Schuldner die Gegenleistung fordert, so hat er nach dem Grundsatz des § 281, der auch hier Anwendung findet, vgl. zu § 281 S. 117, seinem Schuldner auch den Ersatz oder Ersatzanspruch zu leisten, den er daraus gewonnen hat, daß die Leistung unmöglich geworden. Der Verkäufer fordert den Kaufpreis für die noch nicht übergebene Waare, deren Transportgefahr der Käufer übernommen hat, aber die Versicherungssumme, die er für die untergegangene Waare erhält, oder den Anspruch aus der Versicherung, hat er dem Käufer zu überlassen. Vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 200, 201.

Für den Fall theilweiser Unmöglichkeit, die der Gläubiger zu vertreten hat, gilt nichts Besonderes. Der Schuldner leistet, was übrig geblieben, und erhält die volle Gegenleistung.

Wer die Gegenleistung fordert, hat zu beweisen, daß er von der eigenen Leistung so befreit, daß der Andere die Gegenleistung schuldet, d. h. die Unmöglichkeit und die Vertretungspflicht des Anderen. Die Minderung des Anspruchs hat der Andere darzuthun.

VI. Nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung durch Verschulden des Schuldners. §§ 325, 327.

20. Wenn eine aus gegenseitigem Vertrage zu fordernde Leistung unmöglich wird und derjenige, der sie zu leisten hat, der Schuldner, hat die Unmöglichkeit zu vertreten, so folgt zunächst aus § 280 Abs. 1, daß der Schuldner nicht frei wird, sondern dem Gläubiger der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten, nach § 281 dem Gläubiger den Ersatz oder den Ersatzanspruch zu gewähren hat, den er aus der Unmöglichkeit der Leistung erlangt hat, der Gläubiger sich das so Erhaltene auf die Entschädigung abrechnen lassen muß. Nach § 325 hat der Gläubiger aus gegenseitigem Vertrage außer dem Anspruch auf das Interesse das Rücktrittsrecht gemäß §§ 346—355. Nach Abs. 1 Satz 3 kann der Gläubiger endlich auch davon absehen, daß der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, und nur die Rechte aus § 323 geltend machen.

Danach ist das Verhältniß zu bestimmen, in denen die drei Befugnisse des Gläubigers gegen den Schuldner aus § 325 zu einander stehen. Es ist klar, daß keine Alternativobligation im Sinne des § 262 vorliegt, nur eine facultas altern. des Gläubigers. Vgl. oben S. 72, 73. Aus der Natur derselben folgt, daß die

Geltendmachung der weiteren facultas nicht die Beschränkung auf die engere ausschließt. Der Gläubiger, der Schadensersatz fordert, weil der Schuldner vertretungspflichtig, fordert weniger, wenn er nachträglich den Rücktritt geltend macht und nur das Geleistete zurückfordert, § 346, oder sich auf die Rückforderung der Bereicherung nach § 323 Abs. 3, § 325 Abs. 1 Satz 3 beschränkt. Wer den Rücktritt erklärt hat, kann allerdings nicht ev. oder nachträglich Schadensersatz fordern, der durch den Rücktritt ausgeschlossen, aber es ist nicht abzusehen, weshalb er nicht ev. oder nachträglich die Bereicherung nach § 323 Abs. 3, das minus, soll fordern dürfen. Wenn der Gläubiger seinen Anspruch nur aus § 323 Abs. 3 erhebt, so kann dies auf der Selbstbeschränkung auf diesen Anspruch trotz der Vertretungspflicht des Schuldners beruhen, den Verzicht auf das plus enthalten und damit jeden weiter gehenden Anspruch ausschließen. Rechtskräftige Entscheidung über den Anspruch wird regelmäßig jede weitere Klage ausschließen. Aber wenn der Gläubiger nicht gewußt hat, daß der Schuldner vertretungspflichtig, z. B. nicht gewußt hat, daß derselbe die verkaufte verbrannte Sache selbst in Brand gesetzt hat, dies erst nach Erhebung der Klage auf Rückzahlung der Anzahlung sich herausstellt, von Verzicht deshalb nicht die Rede sein kann, ist nicht abzusehen, weshalb und wodurch der Schuldner von der Vertretungspflicht befreit sein soll. Vgl. über diese kontroverse Frage Planck zu § 325 unter 2, Schollmeyer zu § 325 unter 5, Düringer und Hachenburg a. a. O. S. 115 unter c, 116 unter e, Kipp zu Windscheid 2 § 321 (3).

21. Zu vertreten hat der Schuldner die Unmöglichkeit, wenn er die Garantie übernommen hat oder nach dem Gesetz haftet, vgl. §§ 437 Abs. 1, 440 Abs. 1, HGB. II § 209, wenn er die Unmöglichkeit verschuldet oder für drittes Verschulden aufzukommen hat, §§ 276 ff., wenn er im Verzuge war, als die Unmöglichkeit durch Zufall eintrat, § 287 Satz 2, vgl. oben S. 128, 129, und nach 325 Abs. 2 im Falle des § 283 bei Nichtbewirkung der Leistung bis zum Ablaufe der gestellten Frist. Das Gesetz behandelt diese Fälle gleich. Der Verkäufer garantirt rechtzeitige Ankunft, Ankunft ohne Havarie; der Verkäufer übergiebt das Grundstück, bewirkt die Auflassung aber nicht, persönliche Gläubiger des Verkäufers bringen das Grundstück zur Subhastation; der Grundstückseigenthümer, der dem Makler das Grundstück zum Verkauf fest auf bestimmte Zeit an die Hand gegeben, verkauft vor Ablauf selbst. Vgl. ObTr. 37 S. 101, StrA. 45 S. 142, 57 S. 211. Ueber andere Fälle der Unmöglichkeit der Leistung, die der Schuldner zu vertreten hat, vgl. zu §§ 275—283 oben S. 110 ff. und unten zu § 616.

Nach § 327 Satz 2 sollen nur für den Rücktritt die sonst anwendbaren §§ 346, 347 (Rückgewähr des Empfangenen) nicht gelten, die Verpflichtung sich auf die Bereicherung beschränken, falls der Rücktritt wegen eines Umstandes erfolgt, den der andere Theil nicht zu vertreten hat. Das kann in den Fällen des § 325 Abs. 1 nicht vorkommen, wohl aber im Falle des § 283 und des § 636, in jenem, da der Rücktritt statthaft, wenn der Schuldner innerhalb der Frist selbst unverschuldet, ohne Verzug nicht leistet, weil er zeitweise, nicht durch Untergang der Leistung, daran verhindert ist. Schollmeyer zu § 327.

22. Nach Abs. 1 Satz 3 § 325 kann der Gläubiger davon absehen, daß der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, und nur die Rechte aus § 323 geltend machen, d. h. vom Schuldner nichts fordern, oder nur das, was er selbst bereits ge-

leistet hat, als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern, § 323 Abs. 3, oder den Anspruch aus § 281 geltend machen. Diese Vorschrift versteht sich im Grunde von selbst. Denn der Gläubiger ist durch nichts gezwungen, von dem Schuldner die Vertretung der Unmöglichkeit zu fordern und sich auf die Weitläufigkeiten eines Rechtsstreites darüber einzulassen, ob die Unmöglichkeit zu vertreten ist, wenn auch vom Schuldner nach § 282 der Beweis zu führen ist, daß er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Stellt der Gläubiger sich auf diesen Standpunkt und fordert nach §§ 323, 285 vom Schuldner Herausgabe des für die unmöglich gewordene Leistung erlangten Ersatzes oder die Abtretung des Ersatzanspruches, so bleibt er zur Gegenleistung nach der ausdrücklichen Vorschrift in § 323 Abs. 2 verpflichtet und es gilt Alles, was oben unter 16. bemerkt ist.

23. Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Darüber ist zunächst auf die §§ 280, 249 ff. zu verweisen. Vgl. oben S. 45 ff., S. 115, 117, 118, 124, 125. Der § 254 findet auch hier Anwendung. Die Forderung auf Schadensersatz ist durch die Darlegung und den Beweis zu begründen, daß die Leistung des Schuldners unmöglich geworden und daß der Schuldner dies zu vertreten hat. Fordert der Schuldner, trotzdem seine Leistung unmöglich geworden, die Gegenleistung, so hat der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages mit der Beweispflicht dafür, daß die Leistung, die der Kläger schuldet, unmöglich geworden; seine weitergehenden Rechte kann er widerklagend geltend machen.

Der Schadensersatz kann sich ganz verschieden gestalten. Der geschädigte Gläubiger soll so gestellt werden, daß er das hat, was er gehabt hätte, wenn der Schuldner die Leistung nicht unmöglich gemacht hätte. Der Ersatz kann immer nur in Geld bestehen, § 251 Abs. 5, § 252, da die unmöglich gewordene Leistung nicht wieder hergestellt werden kann. Von selbst versteht sich, daß bei Bemessung dessen, was der Gläubiger gehabt hätte, wenn die Leistung des Anderen nicht unmöglich geworden wäre, in Ansatz zu bringen ist, was der Gläubiger selbst für die unmöglich gewordene Leistung zu leisten gehabt hätte. Das ergiebt sich aus dem Begriff des Schadensersatzes, und wenn die Leistung des Gläubigers in Geld besteht wie seine Ersatzforderung, so mindert sich letztere ohne Weiteres um erstere; es handelt sich um einen Faktor der Schadensrechnung, nicht um eine Gegenforderung. Es widerspricht der Natur des gegenseitigen Vertrages, daß der Verkäufer (sein Cessionar oder der Pfändungspfandgläubiger) den Kaufpreis für die von ihm selbst vorsätzlich oder fahrlässig vor der Uebergabe in Brand gesetzte Sache soll fordern dürfen, obwohl er die Gefahr trägt und bei zufälligem Untergang den Kaufpreis nicht fordern kann. § 446.

Hat der Gläubiger seine Leistung mit Rücksicht auf die ihm versprochene Leistung versprochen, sich verpflichtet, weil der Andere sich ihm verpflichtet hat, fällt nach dem Gesetz seine Verpflichtung fort, wenn die des Anderen in Folge Unmöglichkeit durch Zufall fortgefallen ist, so entspricht es dem Gesetz, daß seine Leistung fortfällt, wenn der Andere seine Leistung unmöglich gemacht hat. In letzterem Falle erscheint der Ersatzanspruch als Residuum des Vertrages, der aus der Vertragsverletzung entspringt. Beim Rücktritt, den der unschuldige Theil wählen kann, fällt auch dies Residuum fort. Nur wenn der unschuldige Theil seine Naturalleistung gewähren will und dafür vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, kann ihm dies nicht versagt werden,

weil der schuldige Theil dies durch Berufung auf die von ihm selbst verschuldete Unmöglichkeit seiner Leistung nicht ohne dolus abwehren kann.

Grundsätzlich kann von Erfüllung des gegenseitigen Vertrages nur bei Leistung und Gegenleistung geredet werden. Wenn der Vermiether das Haus vor dem Beginn der Miethszeit oder während derselben in Brand steckte, um die Versicherungssumme zu gewinnen, und das Haus abbrennt, kann er Miethe nicht fordern, §§ 537, 542 Abs. 1 Satz 3, aber entschädigungspflichtig ist er dem Miether, der eine andere Wohnung mit Kosten hat suchen und beziehen müssen. Wenn der Käufer vor der Uebergabe die Sache in den Händen des Verkäufers zerstört, zahlt er den Kaufpreis als Schadensersatz, kann aber unmöglich einen Anspruch auf Lieferung für sich oder seinen Cessionar behalten. Wenn A sein Haus in der Stadt gegen das Landgut des B umtauscht und das Haus vor der Auflassung in Brand steckt, so kann und wird regelmäßig das ganze Geschäft für B zweck- und nutzlos geworden sein, weil er das Landgut nur aufgab, um gerade das ihm passende Haus des A in der Stadt zu beziehen; außerdem kann B aber dadurch geschädigt sein, daß er Vorbereitungen für den Umzug getroffen, nutzlose Anschaffungen gemacht, das nicht mitverkaufte Inventar des Guts veräußert hat und wieder anschaffen muß, den Gewinn verliert, der ihm durch den inzwischen gestiegenen Werth des Hauses erwachsen wäre. Daß er diesen Schadensersatz nur soll fordern dürfen, wenn er dem A das Landgut überläßt, ist weder innerlich berechtigt, noch aus dem Gesetz oder der Natur des gegenseitigen Vertrages zu entnehmen. B kann zurücktreten, dann erhält er keinen Schadensersatz, aber daß er zurücktreten muß, um sich den Ersatzanspruch zu erhalten, folgt aus dem Gesetz nicht. Vgl. auch zu §§ 326, 327 unter 35.

24. Rücktritt. Auf das dem gegenseitigen Vertrage eigenthümliche Rücktrittsrecht finden nach § 327 die §§ 346—356 Anwendung. Danach ist der Rücktritt eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem anderen Kontrahenten gegenüber zu erklären ist, § 349, und für die alles gilt, was sonst für solche Willenserklärungen gilt, § 130. Vgl. Bd. 1 S. 101, 102. Wird von dem Schuldner im Falle des § 325 auf die Gegenleistung geklagt, obwohl die von ihm selbst geschuldete Leistung unmöglich geworden und von ihm die Unmöglichkeit zu vertreten ist, so kann der Beklagte als Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung sich auf § 323 berufen, § 325 Abs. 1 Satz 3, oder das Recht auf Schadensersatz geltend machen, oder den Rücktritt erklären. Daß diese Rücktrittserklärung auch im Prozeß erfolgen kann, versteht sich von selbst, gerade das Auftreten des anderen Theils mit dem Anspruch auf Leistung im Prozeß wird oft erst den Anlaß zur Rücktrittserklärung geben. Wie bei der Anfechtungs- und Aufrechnungserklärung kommt deshalb in Frage, ob die Rücktrittserklärung dem Prozeßbevollmächtigten des Gegners gegenüber wirksam abgegeben werden kann, § 81 CPO., und ob die Erklärung in der mündlichen Verhandlung oder auch in Schriftsätzen erfolgen kann. Nachdem das Reichsgericht für die Anfechtungserklärung in § 143 BGB. angenommen hat, daß die Prozeßvollmacht die Ermächtigung zur Abgabe wie zur Entgegennahme der Erklärung enthalte, RG. 48 S. 218, muß dasselbe auch für die Rücktrittserklärung angenommen werden, und für die Annahme, daß die Erklärung nur in der mündlichen Verhandlung wirksam, liegt kein durchgreifender Grund vor. RG. 50 S. 138, 143.

Anwendung findet nach § 327 auch der § 355. Danach kann der Schuldner, der die Unmöglichkeit seiner Leistung zu vertreten hat, sich Sicherheit darüber ver-

schaffen, wie sich sein Gegner verhalten wird. Er kann dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Erklärung darüber bestimmen, ob er vom Vertrage zurücktrete oder nicht. Läßt der Gläubiger die Frist ohne Erklärung verstreichen, so erlischt das Rücktrittsrecht. Der Gläubiger kann nur noch Schadensersatz oder aus § 323 die Bereicherung verlangen.

Im Uebrigen ergiebt sich aus den §§ 346, 347 für die Wirkung des erklärten Rücktritts, daß der Vertrag fortfällt, der Gläubiger, der zurücktritt, keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern nur den Anspruch auf Rückgewähr dessen hat, was er etwa schon geleistet hat. Das ist ein weiter gehender Anspruch als der Anspruch auf die Bereicherung in § 323 Abs. 3, deshalb auch, wenn er klagend geltend gemacht wird, durch die Behauptung und den Beweis zu begründen, daß die Leistung des Beklagten unmöglich geworden und daß der Beklagte dies zu vertreten hat. Dann hat der Beklagte nach §§ 327, 347 als Gegenleistung erhaltenes Geld mit Zinsen vom Empfang ab zurückzuzahlen, Sachen aber zurückzugeben und wenn er sie nicht zurückgeben kann, unter denselben Voraussetzungen und in demselben Umfange Schadensersatz zu leisten, unter denen der Besitzer dem Eigenthümer mit der Eigenthumsklage auf Ersatz haftet. Der Zeitpunkt des Empfanges der Sache wird wie der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit behandelt. D. h. er haftet vom Empfang ab für jedes Verschulden, durch das die Sache verschlechtert oder ihre Herausgabe unmöglich gemacht ist, erhält nur nothwendige Verwendungen ersetzt, und giebt heraus oder ersetzt die Nutzungen, die er gezogen hat oder schuldhaft nicht gezogen hat. §§ 987, 989, 994, 996, 998, §§ 1000 ff. Vgl. zu § 292 und zu §§ 346 ff. RG. 50 S. 138, 144. Hat der Gläubiger dem Schuldner Dienste geleistet oder die Nutzungen einer Sache überlassen, so findet § 346 Satz 2 Anwendung.

25. Theilweise Unmöglichkeit der Leistung. Dieselbe steht der vollständigen Unmöglichkeit gleich und wird rechtlich als solche behandelt, wenn die theilweise Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse hat, d. h. es keine Vertragserfüllung für ihn wäre, wenn er den Theil annehmen und die Gegenleistung theilweise leisten müßte. RG. 50 S. 138, 143. Unter dieser Voraussetzung, die der Gläubiger darzulegen und zu beweisen hat, kann der Gläubiger wie bei vollständiger Unmöglichkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordern, oder ganz zurücktreten, oder sich mit dem Rechte aus § 323 begnügen, § 325 Abs. 1 Satz 2, § 280 Abs. 2. Ist ein Theil der Leistung bereits geleistet, so finden in Bezug auf ihn die §§ 346 ff. Anwendung. Vgl. S. 116 unter 102. Für den Rücktritt gilt auch hier nach § 327, § 280 Abs. 2 die Bestimmung des § 355, daß der Schuldner dem Gläubiger für die Ausübung des Rücktrittsrechts und des Rechts, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu fordern, eine Frist setzen kann, mit deren ungenutztem Ablauf sich das Recht des Gläubigers darauf beschränkt, die Leistung des möglichen Theils und Schadensersatz wegen des unmöglich gewordenen Theils zu fordern oder Minderung.

Ebenso finden die §§ 351 ff., 350 Anwendung, d. h. der ganze Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger den erhaltenen Theil in Folge eigenen Verhaltens nicht intakt zurückgeben kann. Dem inneren Grunde des Gesetzes entspricht es, dem Gläubiger den Rücktritt im Falle des § 325 Abs. 1 Satz 2 insoweit zu gestatten, als die theilweise Erfüllung kein Interesse für ihn hat, d. h. ihn für einen Theil

der möglichen Leistung zu gestatten, sobald nur der übrigbleibende Theil noch Interesse für ihn hat. Darauf hat zuerst Stammler, das R. der Schuldverh. S. 131 aufmerksam gemacht. Vgl. auch Schollmeyer a. a. O. Anm. 7c zu § 325.

Für den Buchhändler, der 100 Exemplare eines mehrbändigen Werks gekauft hat, liegt keinerlei Möglichkeit der Erfüllung vor, wenn ein Theil der Bände durch Schuld des Verkäufers so verdorben oder vernichtet ist, daß aus dem Ueberrest kein vollständiges Exemplar zusammenzusetzen ist; das ist vollständige Unmöglichkeit der Erfüllung, obwohl äußerlich nur ein Theil des Leistungsgegenstandes fehlt. Sind 50 vollständige Exemplare untergegangen, 50 übrig geblieben, so ist theilweise Leistung möglich und es bedarf des Nachweises der Umstände, aus denen folgt, daß für den Buchhändler die Leistung der 50 Exemplare für die Hälfte oder eine andere Quote der Gegenleistung (Preises) kein Interesse hat. Denkbar ist, daß der Käufer nachweist, er habe nur noch ein Interesse an 25 Exemplaren. Weshalb er dann nicht in Bezug auf 25 Exemplare es bei dem Vertrage soll belassen, in Bezug auf 25 und 50 soll zurücktreten dürfen, ist nicht abzusehen. Ganz unbedenklich erscheint, daß, wenn die Hälfte der ganzen Summe Exemplarbände verloren, aus der anderen Hälfte aber 10 oder mehr vollständige Exemplare sich herstellen lassen, der Käufer die Leistung dieser als die noch mögliche Leistung fordern kann. Der Satz Planck's (Anm. 3 unter c zu § 325), Voraussetzung theilweisen Rücktritts sei immer die Theilbarkeit des Vertrages in zwei sachlich selbständige Verträge, steht dem nicht entgegen; ob der Satz im Gesetz begründet ist, kann in Frage gezogen werden. Eine Berechtigung hat er, wenn er bedeuten soll, daß durch die Theilung des Rücktritts auch die Leistung des Schuldners nicht so gestaltet werden darf, daß sie eine andere als die vertragsmäßige wird.

Liegt die angegebene Voraussetzung nicht vor, so beschränkt sich das Recht des Gläubigers auf den möglichen Theil der Leistung und auf Schadensersatz für den unmöglichen Theil, § 280 Abs. 1, wogegen er aber auch nothwendig die volle Gegenleistung schuldet. Daneben kann er aber auch hier den Weg des § 323 wählen oder in Bezug auf den unmöglichen Theil vom Vertrage zurücktreten. Im Falle des Rücktritts fordert oder behält er den möglichen Theil der Leistung und schuldet den entsprechenden Theil der Gegenleistung. Hat er sie bereits ganz gemacht, so fordert er den durch den möglichen Theil der Leistung nicht gedeckten Theil nach den §§ 346, 347, 327 zurück. Wo die theilweise Rückforderung nicht möglich, weil die Gegenleistung nicht theilbar, hat der Schuldner auch hier, wenn der Gläubiger daraus nicht den Anlaß zum Rücktritt vom ganzen Vertrage entnehmen kann, dem Gläubiger in Geld zu ersetzen, was er durch das Behalten der ganzen Gegenleistung über seine eigene Leistung hinaus erhält.

Der Begriff der theilweisen Unmöglichkeit ist so relativ wie der der Unmöglichkeit selbst; die konkrete Sachlage spielt dabei dieselbe Rolle wie bei der Frage, ob die theilweise Erfüllung des Vertrages für den Gläubiger kein Interesse hat. Vgl. die Beispiele vorstehend und oben zu § 323 unter 17. Für den Käufer von Exportwaare oder Importwaare kann ein fehlendes erhebliches Quantum oder die Zerstörung der Originalverpackung den Export oder Import ausschließen, während für den Käufer unter anderen Umständen in dem Empfang eines geringeren Quantums oder geringerer Qualität oder in anderer Verpackung immer noch ein Stück Erfüllung liegen kann. Aehnlich kann sich die Sache auch sonst gestalten. Für den Käufer oder Pächter eines landwirthschaftlichen Guts kann die Zerstörung der

Wirthschaftsgebäude die Uebernahme des Guts ausschließen, weil er ohne diese Gebäude mit dem Gut nichts anfangen kann, während für den Käufer oder Miether einer Villa die Zerstörung eines Nebengebäudes als nebensächlich erscheinen kann. Für den Großhändler, der in Raten lieferbar gekauft hat, um den laufenden Bedarf seiner Kunden zu decken, kann die Unmöglichkeit einzelner Raten (oder deren mangelhafte Lieferung) zu dem Zwange führen, den ganzen Vertrag aufzugeben und sich anderweit für den ganzen Rest zu engagiren, weil er einen Lieferanten für einzelne Raten nicht findet oder doch nicht zu annehmbaren Preisen.

26. Nach § 283 kann der Gläubiger aus einseitigem Vertrage, nachdem er gegen den Schuldner ein rechtskräftiges Urtheil (nach dem 1. Januar 1900) erstritten, von der Zwangsvollstreckung absehen und dem Schuldner erklären, daß er die Annahme der Leistung ablehne, falls der Schuldner nicht in bestimmter angemessener Frist leiste. Vgl. oben S. 118 unter 105. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist tritt die Interesseforderung an die Stelle des Anspruchs auf Erfüllung. Es muß sich bei dem Vertrage also immer um eine andere als Geldleistung handeln; eine Interesseforderung an Stelle der Geldforderung giebt es nicht. Bei gegenseitigen Verträgen soll aber nach § 325 Abs. 2 der Abs. 1 des § 325 gelten, wenn der Gläubiger von der ihm durch § 283 eingeräumten Befugniß Gebrauch gemacht hat. D. h. der Gläubiger hat in diesem Falle nicht bloß die Interesseforderung, sondern auch das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, auch die Rechte aus § 323, aber nicht mehr das Recht auf Erfüllung des Judikats, von dessen Vollstreckung er dadurch Abstand genommen hat, daß er von der Befugniß des § 283 Gebrauch gemacht hat. Die Sache wird also so behandelt, als sei die Erfüllung des Judikats durch einen von dem Schuldner zu vertretenden Umstand innerhalb der Frist unmöglich geworden. Auf Unmöglichkeit, die der Schuldner vor dem Judikat geltend machen konnte, kommt es nicht an, weil ihm das Judikat entgegensteht. Dagegen kann er nach § 283 Abs. 1 Satz 3 gegen die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung immer noch geltend machen, daß nachträglich die Erfüllung des Judikats ihm in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden. Das hat er zu beweisen. Zu § 283 ist bereits darauf hingewiesen, daß regelmäßig der Fall des Verzuges vorliegen werde, § 287. Führt der Schuldner den ihm danach obliegenden Beweis, so finden §§ 323, 327 Satz 2 Anwendung, wenn er nicht die Voraussetzungen des § 324 darthut. Bei theilweiser Nichtleistung in der Frist gilt das zu § 283 Gesagte.

Hiernach würde der Verkäufer, der dem Käufer übergeben (aufgelassen) hat, nach rechtskräftiger Verurtheilung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises demselben eine angemessene Frist zur Zahlung bestimmen und nach fruchtlosem Ablauf der Frist vom Vertrage zurücktreten und Rückgabe (Rückauflassung) der Kaufsache fordern können. Davon macht aber § 454 Abs. 2 eine Ausnahme für den Fall, daß der Kaufpreis gestundet, d. h. vertragsmäßig erst nach Erfüllung durch den Verkäufer zu zahlen ist; der Rücktritt ist ausgeschlossen; er gilt durch die Vorerfüllungspflicht des Verkäufers als ausgeschlossen. Dagegen findet § 283, § 325 Abs. 2 Anwendung, wenn der Verkäufer rechtskräftiges Judikat auf Abnahme der Kaufsache (Entgegennahme der Auflassung) erstritten hat, der Käufer in der gestellten angemessenen Frist nicht abnimmt.

Der Judikatgläubiger hat dem Schuldner eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung zu bestimmen, wenn die Frist nicht auf Grund § 255 CPO.

bereits durch das Urtheil bestimmt ist; diese Bestimmung ist endgültig und unanfechtbar, sobald das Urtheil rechtskräftig ist. Ist die vom Gläubiger bestimmte Frist nicht angemessen, worüber der Richter zu befinden hat, sobald darüber Streit entsteht, wenn der Gläubiger von den Rechten aus § 325 Abs. 1 Gebrauch macht, so ist der Gläubiger auf das Recht aus dem Judikat beschränkt. Das ist unbedenklich dann, wenn der Schuldner in der vom Richter gefundenen angemessenen Frist die Judikatleistung angeboten, der Gläubiger sie nicht angenommen hat. Wenn der Schuldner aber dies nicht gethan und auch in der objektiv angemessenen Frist nicht geleistet hat, und der Gläubiger erst nach Ablauf der angemessenen Frist von dem Recht aus §§ 283, 325 Abs. 2 Gebrauch macht, wird der Schuldner regelmäßig sich ohne Arglist darauf nicht berufen können, daß die ihm gestellte Frist nicht angemessen gewesen sei. Das muß auch dann gelten, wenn der Gläubiger dem Schuldner nur erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen, wenn sie in angemessener Frist nicht erfolge, ohne die Frist zu bestimmen. Dem Schuldner ist damit die Bestimmung der Frist nach Treu und Glauben überlassen; leistet er dann in angemessener Frist nicht, so kann er sich nicht darauf berufen, daß ihm eine Frist nicht bestimmt sei. § 242.

VII. Verzug bei gegenseitigen Verträgen. §§ 326, 327. **27.** Nach gem. und Preuß. R. wie nach SBGB. hatte das Ausbleiben der Gegenleistung, mochte es verschuldet oder unverschuldet sein, Verzug vorliegen oder nicht, bei gegenseitigen Verträgen, wie überhaupt, nicht die Wirkung, daß die eigene Leistung zurückgefordert und vom Vertrage zurückgetreten werden konnte. Unverschuldetes Ausbleiben der Gegenleistung befreite den Schuldner im Falle der zufälligen objektiven dauernden Unmöglichkeit der Leistung, ebenso falls die Sache so lag, daß die zeitweilige Unmöglichkeit der objektiven Unmöglichkeit für den Schuldner gleichstand. Daß Verzug des Schuldners ihn nicht befreit, versteht sich von selbst. Für den Gläubiger war, wenn es nicht stipulirt, ein Reurecht bei Verzug des Schuldners grundsätzlich nicht gegeben; aus der Natur des gegenseitigen Vertrages folgt es nicht. W. 2 § 321 unter 2. OHG. 8 S. 153, 9 S. 1, 10 S. 293. RG. 32 S. 62. ALR. I 5 § 393; 11 § 231. SGB. §§ 864, 865. In ALR. I 11 §§ 229, 230, 938 war dem Verkäufer und bei Werkverdingung dem Besteller des Werks ausnahmsweise bei nicht rechtzeitiger Leistung das Rücktrittsrecht gegeben, und der Vermiether (Verpächter) durfte, wenn der Miether (Pächter) mit zwei Terminen im Rückstande, kündigen. I 21 § 298. Aehnlich C. c. art. 1610, 1634 für den Kauf. Die bekannte Vorschrift in C. c. art. 1184 über die tacita lex comm. dans les contr. synallagm. ließ dem Richter die Befugniß, dem säumigen Schuldner Nachfrist zu ertheilen dem Recht des Gläubigers gegenüber, Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des resolvirten Vertrages zu fordern.

Das HGB. I Art. 354—356 brachte darin einen Wandel beim Handelskauf. Unter der Voraussetzung, daß der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Waare noch nicht übergeben war, gab Art. 354 dem Verkäufer die Wahl zwischen dem Recht: **a.** auf Erfüllung (Zahlung des Kaufpreises, Zahlung gegen Abnahme, Zahlung und Abnahme) und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, **b.** auf eigene Verschaffung der Erfüllung durch den Selbsthilfeverkauf der Waare und Ersatz der Differenz, **c.** auf einfachen Rücktritt vom Vertrage, als ob derselbe nicht geschlossen. Die Ausübung des Rechts zu b. und c. forderte die Anzeige an den Käufer, dem eine angemessene Frist zur

Nachholung des Versäumten blieb. Art. 356. Auf anderem Wege als dem des Selbsthilfeverkaufs konnte der Betrag des Ersatzes wegen Nichterfüllung nicht festgestellt werden.

War der Käufer zugleich im Annahmeverzug und Zahlungsverzug, so lag die Sache nicht anders.

War der Käufer nur im Annahmeverzug, der Kaufpreis noch nicht fällig, so konnte der Verkäufer nach Art. 343 die Waare niederlegen oder sich durch Selbsthilfeverkauf auf Rechnung des Käufers von der Waare befreien, den Erlös auf den Kaufpreis verrechnen; ebenso wenn der Käufer im Annahmeverzug, der Kaufpreis bezahlt war.

War die Waare übergeben und der Käufer im Zahlungsverzuge, so bestand nur das Recht auf Erfüllung durch Zahlung.

War der Verkäufer mit der Lieferung im Verzuge, so hatte der Käufer dieselbe Wahl, ohne Unterschied, ob der Kaufpreis bezahlt oder nicht bezahlt. Art. 355, 356.

Im HGB. II sind diese Vorschriften gestrichen. Der § 373 giebt nur eine dem Art. 343 HGB. I entsprechende Vorschrift für den Fall, daß der Käufer mit der Annahme der Waare im Verzuge ist, gleichgültig, ob er zugleich im Zahlungsverzuge oder nicht. Daneben erhält der § 374 HGB. II die Befugnisse des Verkäufers bei Annahmeverzug des Käufers nach dem BGB. aufrecht und § 378 giebt eine Spezialvorschrift für den Spezifikationskauf, § 376 für das Fixgeschäft. BGB. § 361.

28. Das BGB. geht mit einzelnen Modifikationen bei Werkvertrag, §§ 636, 642 ff., 649, und Miethe (Pacht), §§ 537 ff., von dem Prinzip aus, daß der Verzug des einen Theils bei gegenseitigen Verträgen den Anderen nicht ohne Weiteres zum Aufgeben des Vertrages berechtigt.

Begriff und Voraussetzungen des Verzuges sind im § 326 dieselben wie bei allen Schuldverhältnissen. Vgl. darüber zu §§ 284 ff. oben S. 118 ff. Zunächst gelten die allgemeinen Grundsätze der §§ 286 ff. auch über die Wirkungen des Leistungsverzuges. Vgl. oben S. 124 ff. Grundsätzlich giebt der Verzug des Schuldners, wenn durch den Vertrag nichts anderes ausgemacht (lex comm., Reurecht, §§ 357, 358, 359, 360, 1238), OHG. 11 S. 425, RG. 7 S. 79, oder § 361 vorliegt, dem Gläubiger nur den Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, § 286 Abs. 1. Der Gläubiger kann seine Leistung nicht zurückfordern, sie nur verweigern, bis der Andere erfüllt oder erfüllt hat; besteht seine Leistung in einem Unterlassen, z. B. darin, daß er an einen Anderen nicht verkaufen, von einem Anderen nicht kaufen darf, so muß er weiter unterlassen. RG. 3 S. 64. Der Gläubiger kann nach § 286 Abs. 2 die verspätete Leistung aber ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wie wenn die Leistung unmöglich geworden, § 280, wenn sie in Folge des Verzuges für ihn kein Interesse hat. Nach Abs. 2 § 326 steht in diesem Falle dem Gläubiger auch das Rücktrittsrecht zu, Abs. 1 § 326, für das nach § 327 die §§ 346—356 wie in § 286 Abs. 2 gelten, d. h. der Rücktritt muß dem Anderen erklärt werden, der Schuldner kann nach § 355 dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Erklärung setzen, mit deren fruchtlosem Ablauf der Rücktritt fortfällt und nur der Anspruch auf Schadensersatz übrig bleibt. Ist die geschuldete Leistung in Folge des Verzuges unmöglich geworden, so kann der Gläubiger die Rechte aus §§ 325, 323 geltend

machen. Wo bei gegenseitigen Verträgen, wie nach §§ 433, 640, der Käufer und der Besteller des Werks, der Gläubiger nicht bloß das Recht auf die Leistung, sondern auch die Pflicht hat, sie abzunehmen, der Gläubiger insofern zugleich Schuldner ist, kommt auch das Recht des Verkäufers, Werkmeisters, zu hinterlegen oder zu verkaufen, aus §§ 372 ff., 383 ff. in Betracht. Vgl. § 373 HGB. II.

Ist der Schuldner nur mit einem Theil der Leistung im Verzuge, hat z. B. der Verkäufer das Grundstück aufgelassen, aber die übernommene Löschung einer Hypothek nicht bewirkt, so kann der Käufer nicht seine Anzahlung zurückfordern, sondern wie nach früherem Recht nur auf Bewirkung der Löschung und Schadensersatz klagen, wenn die Löschung nicht zu bewirken. StrA. 100 S. 289. Aber es findet § 286 Abs. 2 Anwendung, wenn in Folge des Verzugs mit dem Rest der Leistung auch die Leistung des bereits Geleisteten für den Gläubiger kein Interesse hat, d. h. ihm nicht zuzumuthen ist, das Geleistete zu behalten und die theilweise Gegenleistung zu entrichten. Der Gläubiger kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen, muß aber den Beweis der Voraussetzung des § 286 Abs. 2 führen und nach dem in § 286 Abs. 2 angezogenen § 349 wie nach § 326 Abs. 2, § 347 dem Schuldner erklären, daß er die ganze Leistung ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange; der Schuldner kann ihm nach § 355 eine Frist zur Erklärung darüber stellen, nach deren fruchtlosem Ablaufe dem Gläubiger nur das Recht verbleibt, Leistung des Restes und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu fordern.

Alles dies gilt auch für den Handelskauf. Ist der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge *und die Waare noch nicht übergeben*, weil der Käufer vorleisten muß, so hat der Verkäufer nur den Anspruch auf Zahlung und Interesse wegen verspäteter Zahlung; denn daß die verspätete Zahlung gegen Abnahme der Waare für den Verkäufer kein Interesse hat, § 286 Abs. 2, wird kaum vorkommen, obwohl es nicht geradezu unmöglich. Liegt die Sache so, so hat der Verkäufer dem Schuldner dies gemäß § 286 Abs. 2 zu erklären. Er ist dann berechtigt, kann nach § 254 sogar verpflichtet sein, zur Verminderung des Schadens die Waare auf die beste Art, durch öffentlichen oder nicht öffentlichen freihändigen Verkauf zu verwerthen, um sich den Kaufpreis zu verschaffen. Eine Form für solche Verwerthung behufs Liquidation des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung schreibt das BGB. nicht vor. Ist der Käufer im *Zahlungs- und Annahmeverzug*, so kann der Verkäufer mit der Waare nach § 373 HGB., §§ 372 ff., 383 ff. BGB. verfahren und so die Waare los werden und den Kaufpreis nach Abzug des Erlöses fordern, wenn er nach § 373 HGB. oder § 383 BGB. verkauft hat. Ist der Käufer nur im Annahmeverzuge, *der Kaufpreis noch nicht fällig*, so kann der Verkäufer nach § 373 HGB., §§ 372 ff., 383 ff. BGB. verfahren. Ist der Käufer nur im Annahmeverzuge, *der Kaufpreis bezahlt*, so liegt die Sache nicht anders; der Erlös gebührt dem Käufer. Ist die Waare übergeben, *der Käufer nur im Zahlungsverzuge*, so hat der Verkäufer grundsätzlich nur den Kaufpreis zu fordern. Vgl. § 454.

Ist der Verkäufer mit der Lieferung im Verzuge, so hat der Käufer grundsätzlich Lieferung und Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung zu fordern; aber nach § 286 Abs. 2, § 326 Abs. 2 kann der Käufer, wenn er beweist, daß die Lieferung in Folge des Verzuges kein Interesse für ihn hat, die Lieferung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten.

Besondere Bestimmungen giebt § 376 HGB. für die sog. Fixgeschäfte. Vgl. BGB. § 361.

29. Das Besondere, und dem BGB. Eigenthümliche ist, daß der Gläubiger bei Verzug des Schuldners nach § 326 Abs. 1 Satz 1 dem Schuldner eine Frist zur Bewirkung der Leistung zu setzen berechtigt ist mit der Erklärung, die Annahme der Leistung lehne er nach Ablauf der Frist ab. Die Wirkung dieser Erklärung und Fristsetzung ist, daß der Gläubiger nach fruchtlosem Ablaufe der Frist Erfüllung nicht mehr fordern, sondern nur noch zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, ohne den durch § 286 Abs. 2 geforderten Beweis führen zu müssen, daß die Leistung in Folge des Verzuges für ihn kein Interesse habe. Der Abs. 2 § 326 enthält gegenüber § 286 Abs. 2 das Besondere, daß auch der Rücktritt erklärt werden kann, setzt aber den Nachweis voraus, daß die Leistung in Folge des Verzuges kein Interesse für den Gläubiger hat. Im Einzelnen giebt die Vorschrift des § 326 zu manchen Fragen Anlaß und ist bereits Gegenstand vieler und tiefgreifender Meinungsverschiedenheiten geworden, die das klare und einfache Recht des BGB. auch auf diesem wichtigen Gebiete in Frage stellen.

30. Voraussetzung der Anwendung des § 326 Abs. 1 ist Verzug des Schuldners im Sinne der §§ 284 ff. Dazu muß treten die Erklärung des Gläubigers dem Schuldner gegenüber, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der gleichzeitig dem Schuldner gesetzten angemessenen Frist ablehne. Beides zusammen bewirkt nach dem einfachen und klaren Wortlaut des Gesetzes, daß abweichend von dem allgemeinen Grundsatze der §§ 284, 286 der Gläubiger ohne den Nachweis, daß die Erfüllung für ihn kein Interesse mehr habe, von der Erfüllung absehen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder den Vertrag aufgeben kann. Die Vorschrift giebt einfaches und klares Recht und stellt eine einfache und klare Sachlage her. Das wird wieder in Frage gestellt durch die mehrfach aufgestellte Ansicht, der Fristbestimmung bedürfe es nicht, sobald der Schuldner nur vor oder nach Eintritt des Verzuges bestimmt erklärt habe, er erfülle nicht. Vgl. Riedner in DJZ. 1901 S. 443, auch Düringer und Hachenburg a. a. O. S. 144, und dagegen Staub, HGB. 7. Aufl. S. 1292 Anm. 7, DJZ. 1902 S. 67. Erklärt der Schuldner vor Eintritt des Verzuges, er werde jedenfalls nicht erfüllen, so erspart diese Erklärung dem Gläubiger nach HGB. § 346, BGB. § 242 den Nachweis des Verzuges, aber auch nichts weiter.

Die Argumentation, daß der Schuldner damit zugleich auf die Fristsetzung verzichtet, ist nicht stichhaltig, weil der § 326 dem Schuldner, anders als HGB. I. Art. 356, OHG. 8 S. 127, RG. 7 S. 79, kein Recht auf Nachgewähr einer Frist giebt, nur den Gläubiger zur Fristsetzung berechtigt, sie aber auch fordert, wenn der Gläubiger des Nachweises nach § 286 Abs. 2 BGB. überhoben sein will. Die bekämpfte Ansicht streicht die Vorschrift des Gesetzes einfach aus. Wenn der Gläubiger ohne Fristsetzung erklärt, er nehme die Leistung nicht mehr, so erklärt er damit, daß die Erfüllung kein Interesse für ihn habe, kann sich dadurch aber nicht von dem ihm obliegenden Nachweise befreien. Bietet der Schuldner die Leistung demnächst an, so kommt der Gläubiger in Annahmeverzug, § 295, wenn er sie nicht annimmt; er müßte denn beweisen, daß er die nachträgliche Leistung nicht mehr anzunehmen brauchte, weil sie

keine vertragsmäßige Leistung mehr war. Die Sache kann sich auch konkret so gestalten, daß der Schuldner gegen § 242 handelt, der bestimmt erklärt, er erfülle nicht, auf die Erklärung des Gläubigers, er werde nun die Leistung nicht mehr annehmen, schweigt und später doch Abnahme der Leistung fordert, nachdem der Gläubiger sich gedeckt hat, oder der Klage des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegenüber sich darauf beruft, daß er zu erfüllen berechtigt gewesen oder noch sei. In solchem Falle wird eine verständige Praxis mit Recht bereit sein, von dem strikten Beweise abzusehen, daß die Leistung kein Interesse mehr habe, namentlich, wenn die Erklärung des Schuldners den Gläubiger zu Dispositionen veranlaßt hat. Noch mehr, wenn der Schuldner auch der Klage auf Schadensersatz gegenüber dabei bleibt, daß er zur Erfüllung nicht verpflichtet. Aber das einfache und klare Prinzip des § 326 darf nicht aufgegeben werden.

31. Wesentlich ist an erster Stelle die Erklärung der Ablehnung der Leistung. Sie ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinn § 130 wie die Fristbestimmung. Vgl. Bd. 1 S. 122, 123, und anders für das frühere R.: OHG. 8 S. 80. Das Gesetz erfordert keine Form für sie und es ist unzweifelhaft, daß sie wie die Erklärung aus Art. 354, 356 HGB. I auch im Prozeß auf Erfüllung erfolgen kann, und so lange der Schuldner im Verzuge ist, wenn der Gläubiger dem Verzuge des Schuldners gegenüber so lange geschwiegen hat, daß in dem Schweigen und passiven Verhalten sein Verzicht auf die Geltendmachung der Rechte aus dem Vertrage überhaupt nach Treu und Glauben gefunden werden muß. § 242. Vgl. für das frühere Recht OHG. 23 S. 83, 85. RG. 32 S. 62. Vgl. OHG. 9 S. 324, 12 S. 63, Bolze 9 Nr. 391. Denn die Geltendmachung des Anspruchs auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung hindert den Gläubiger nicht, nachträglich von der Erfüllung abzusehen und die Rechte aus § 326 geltend zu machen. Vgl. RG. 15 S. 68, OHG. 9 S. 324, 12 S. 63. Diese Willenserklärung ist gleich der Anfechtungs- und Aufrechnungserklärung im Prozeß so zu behandeln, wie jede andere zum Angriff oder zur Vertheidigung bestimmte Erklärung der Partei. CPO. § 81, RG. 48 S. 218. Der Wille der Ablehnung der Leistung muß sich aus der Erklärung ergeben, unmittelbar oder mittelbar. Es ist gleich, ob der Gläubiger sagt, er lehne ab, oder er nehme nachher nicht mehr an, oder er werde sich anderweit Erfüllung verschaffen, sich decken, anderweit kaufen oder verkaufen, vermiethen, miethen, u. a. Vgl. für das frühere Handelsrecht OHG. 3 S. 320, 15 S. 335, 18 S. 386 und andererseits OHG. 9 S. 226 (Schadensersatz verlangen), Bolze 4 Nr. 717, 8 Nr. 495.

32. Unerläßlich ist die Fristbestimmung; sie soll dem Schuldner klar machen, daß er nach ihrem Ablauf auf Abnahme nicht mehr zu rechnen habe und ihr unbenutzter Ablauf stellt zugleich klar, daß es sich für beide Theile nicht mehr um Erfüllung handeln kann. § 326 Abs. 1 Satz 2. Darum kann die Erklärung des Schuldners innerhalb der Frist, er werde nicht erfüllen, dem unbenutzten Ablauf der Frist gleich gestellt werden; nach solcher Erklärung kann der Schuldner sich ohne Arglist nicht weiter darauf berufen, daß er erfüllen wolle.

Aus dem Wortlaut des § 326 folgt nicht nothwendig, daß Fristbestimmung und Ablehnungserklärung nach dem Eintritt des Verzuges geschehen muß. Auch Fristbestimmung und Ablehnungserklärung für den Fall des Verzuges läßt

dem Schuldner keinen Zweifel und macht die Sachlage klar. Vgl. OLG. 10 S. 241, 23 S. 170. RG. 50 S. 255.

33. Die Fristbestimmung soll eine angemessene sein. Darüber gilt das früher Gesagte. Es genügt, daß der Gläubiger Leistung in „angemessener" Frist fordert, indem er dem Schuldner die Bestimmung der Frist nach Treu und Glauben überläßt, § 317. Der Richter hat dann zu entscheiden, wenn der Schuldner nachträglich Erfüllung angeboten und der Gläubiger sie wegen Verspätung abgelehnt hat. Ebenso verhält es sich, wenn der Gläubiger eine zu kurze Frist bestimmt, der Schuldner in angemessener Frist die Erfüllung ohne Erfolg angeboten hat. Hat der Schuldner aber überhaupt nicht angeboten, so wäre es ein unleidlicher Formalismus, das Recht des Gläubigers an der unangemessenen Fristbestimmung scheitern zu lassen. Welche Frist angemessen, ist nach der Natur der Sache nur konkret zu finden. OLG. 7 S. 392, 8 S. 81, 125; 13 S. 193. RG. 4 S. 56.

34. Wirkung des Fristablaufs. Mit dem fruchtlosen Fristablauf, nicht früher, fällt nach § 326 Abs. 1 Satz 2 a. E. der Anspruch auf Erfüllung fort. An seine Stelle tritt der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder das Recht von dem Vertrage zurückzutreten, eine facult. altern. für den Gläubiger. Vgl. oben S. 72, 73. Der Gläubiger hat das, was er will, dem Schuldner zu erklären, § 286 Abs. 2, §§ 349, 356, wenn die Erklärung nicht mit der Fristbestimmung verbunden war. Hat er erklärt, daß er von dem Vertrage zurücktrete, so sind damit alle Rechte aus dem Vertrage für beide Theile definitiv beseitigt, und von Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht weiter die Rede. § 327, §§ 346, 348. Hat der Gläubiger erklärt, daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, so schädigt er regelmäßig den Schuldner nicht, wenn er nachträglich nur den Rücktritt geltend macht. Ist dies doch der Fall, was möglich, so ist der Rücktritt ausgeschlossen. Nach § 327 kann der Schuldner den Gläubiger, dem das Gesetz die Frist zur Ausübung der Rechte aus § 326 stellt, zur Entschließung und Erklärung darüber, ob er den Rücktritt oder Schadensersatz wählt, dadurch zwingen, daß er ihm nach § 355 eine angemessene Frist zur Ausübung des Rücktrittsrecht bestimmt. Mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist bleibt dem Gläubiger nur das Recht auf Schadensersatz.

35. Der Rücktritt. Hier gilt das unter 23 Bemerkte. Der gegenseitige Vertrag ist mit allen Rechten und Pflichten aufgehoben, wie wenn er nicht geschlossen. Dadurch unterscheidet sich Rücktritt und Kündigung, die dem auf Zeitdauer geschlossenen Vertrag ein vorzeitiges Ende setzt. An die Stelle des Vertrages tritt das durch den Rücktritt begründete neue obligatorische Rechtsverhältniß, Schuldverhältniß, dessen Inhalt sich aus den §§ 346—348, 320, 322 ergiebt, das nur durch neuen Vertrag beseitigt werden kann. Keiner schuldet dem Anderen mehr aus dem Vertrage. Jeder hat dem Anderen deshalb zurückzugeben, was er erhalten, nicht bloß die Bereicherung. §§ 346, 347, 327 Satz 1. Diese Verpflichtung folgt aus der Rücktrittserklärung von selbst; ihre Erfüllung braucht nicht ausdrücklich angeboten zu werden, um den Rücktritt wirksam zu machen. § 348, § 322 Abs. 1. RG. 49 S. 38. Was danach Jeder dem Andern zu leisten hat, ist festzustellen, sobald die Rückgewähr zur Ausführung kommen soll. Jeder der beiden Theile haftet nach §§ 346, 347 vom Empfange der Leistung ab gemäß §§ 987 ff. — vgl. oben zu §§ 291, 292 S. 132 — für Verschulden, welches die Herausgabe unmöglich macht, oder durch welches die Sache verschlechtert ist, ebenso für Nutzungen und Verwendungen. Ge-

leistete Dienste und andere ihrer Natur nach nicht zurückzugewährende Leistungen sind zu vergüten. Für Zufall haftet kein Theil. Für den nicht säumigen Kontrahenten, der auf den Vertrag etwas erhalten hat (unvollständige Theilleistung, da er bei Empfang vollständiger Leistung nicht zurücktreten kann), bestimmt § 350 ausdrücklich, der Rücktritt werde dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Gegenstand durch Zufall untergegangen, den er empfangen. Ist dem Käufer übergeben und aufgelassen, auf dem Grundstück aber eine Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) eingetragen, die der Verkäufer zu beseitigen hat, so ist der Käufer nach §§ 440, 326, 327 unter der Voraussetzung des § 326 zum Rücktritt berechtigt, den Kaufpreis zurückzufordern befugt, auch wenn das Haus abgebrannt ist. Ausgeschlossen ist der Rücktritt nur in den Fällen der §§ 351—353. Vgl. dort.

Kann der säumige Kontrahent wegen Zufalls nicht zurückgewähren, z. B. der Käufer den übergebenen (aufgelassenen) Kaufgegenstand, nachdem der Verkäufer wegen Nichtzahlung des Kaufpreises zurückgetreten, so trägt er den Zufall, sobald er mit der Rückgewähr in Verzug geräth. § 990 Abs. 2, § 287. Nach § 354 soll der Rücktritt unwirksam werden dadurch, daß der Berechtigte mit der Rückgewähr in Verzug geräth und auch innerhalb der ihm vom Gegner bestimmten angemessenen Frist nicht zurückgewährt, wenn ihm erklärt ist, daß nach Ablauf der Frist die Annahme abgelehnt werde. Der Rücktritt ist in diesem Falle durch die Rückgewähr resolutiv bedingt; er kann nun nicht mehr wirken, das Vertragsverhältniß gilt als nicht aufgelöst, so als ob der Rücktritt wirksam nicht erklärt wäre, § 159, d. h. der Berechtigte hat nunmehr nur noch die Rechte aus dem Vertrage und dem Verzuge.

Nach § 454 fällt beim Kaufe, auch beim Handelskaufe, die Anwendung des § 326 fort, wenn der Verkäufer erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat. Vgl. darüber zu § 454. Der § 454 findet keine Anwendung, wenn der Kaufpreis Zug um Zug zu zahlen, der Verkäufer übergeben (aufgelassen) hat und die Zahlung des Kaufpreises vertragswidrig nicht erfolgt. Unter den Voraussetzungen des § 326 kann der Verkäufer dann, auch beim Handelskauf, abweichend vom bisherigen Recht, Art. 354 HGB. I, vom Vertrage zurücktreten und den Kaufgegenstand zurückfordern, wenn er einen Theil des Kaufpreises erhalten hat, gegen Rückzahlung dieses Theils. Vgl. ALR. I 5 §§ 396 ff.; 11 § 230. RG. 44 S. 239. Das ist unter Umständen ein sehr wichtiges Recht. Stellt sich dann heraus, daß die Sache beim Käufer durch Zufall vor der Rückforderung untergegangen ist, für den der Käufer nach § 347 nicht haftet, so ist die Sache für den Verkäufer verloren und den Kaufpreis kann er nicht fordern, auf den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aber nicht mehr zurückgreifen. In solchem Falle wird dem Verkäufer die Anfechtung der Rücktrittserklärung wegen Irrthums nach § 119 zuzulassen sein.

36. Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Schöller in Gruchot 44 S. 603, 45 S. 511. Kisch in Jherings Jahrb. 44 S. 68 (S. 69 Anm. 2, 3 Litteratur). Förtsch in DJZ. 1902 S. 64. — Mit dem Ablauf der Frist fällt nach § 326 Abs. 1 Satz 2 der Anspruch auf Erfüllung für den nicht säumigen Theil fort, und der Anspruch auf das Interesse wegen Nichterfüllung tritt an seine Stelle. Es wird ohne den in Abs. 2 § 286 geforderten Beweis angenommen, daß in Folge des Verzuges die Erfüllung des Vertrages für den Gläubiger kein Interesse hat, vgl. § 326 Abs. 2. Statt der Erfüllung, d. h. doch statt der Leistung gegen Gegenleistung, soll der nicht säumige Theil erhalten, was er hätte, wenn

der säumige Schuldner erfüllt hätte. Das liegt im Begriffe des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung setzt einen verbindlichen Vertrag voraus und den Verzug des Anderen als den von diesem zu vertretenden Umstand, aus dem in Verbindung damit, daß die Erfüllung des Vertrages kein Interesse mehr für den nicht säumigen Theil hat, und Erfüllung nicht mehr gefordert werden kann, die Verpflichtung zum Schadensersatz folgt. Mit alle dem und der Natur des gegenseitigen Vertrages ist die Ansicht unvereinbar, daß der nicht säumige Theil sein Interesse nur gegen Leistung dessen zu fordern habe, was er nach dem Vertrage zu leisten hat. Vgl. Jherings Jahrb. a. a. O. Anm. 3. RG. 50 S. 255, 264 und dagegen Anm. 2.

Von selbst versteht sich und folgt aus dem Begriff des Interesse, daß bei der Bemessung das Interesse in Anschlag zu bringen ist, was der nicht säumige Theil bei Erfüllung des Vertrages zu leisten gehabt hätte und nicht mehr zu leisten hat. Aber weder § 320 Abs. 1 Satz 1, noch § 322 Abs. 1 ist anwendbar; es handelt sich nicht mehr um Leistung gegen Gegenleistung; der säumige Schuldner hat nicht mehr zu leisten; Erfüllung kann von ihm nicht gefordert werden und Gegenleistung kann er nicht fordern, weil er damit Erfüllung forderte, ohne selbst zu erfüllen und obwohl die Erfüllung des Vertrages für den nicht säumigen Theil kein Interesse mehr hat. Der Interessieanspruch aus Nichterfüllung setzt einen rechtsgültigen Vertrag voraus und ist Anspruch aus dem Vertrage; die von dem säumigen Theil zu vertretende Nichterfüllung läßt seine Pflicht aus dem Vertrage unberührt, aber kann ihm kein Recht auf Erfüllung ohne eigene Erfüllung geben.

Der Anspruch auf das Interesse wegen Nichterfüllung ist stets Anspruch auf Entschädigung in Geld, §§ 251, 252; von Anwendung des § 249 kann nicht die Rede sein. Wo auch das, was der nicht säumige Theil aus dem Vertrage zu leisten hätte, in Geld besteht, vermindert sich der Betrag des Interesse ohne Weiteres um den Betrag, den der Berechtigte bei Erfüllung des Vertrages zu zahlen gehabt hätte. Wenn A sich verpflichtet hat, dem B Sand, Steine, Eisen, Schienen zu einem Eisenbahnbau zu 2,50 Mk. für das km anzufahren und nachdem B ihm Frist nach § 326 gesetzt, auch in der Frist nicht liefert, B infolgedessen mit einem anderen Unternehmer abschließen und 5 Mk. für das km zahlen muß, so ergiebt sich ohne Weiteres, daß das Interesse des B in dem Betrage von 2,50 Mk. pro km besteht. Diese 2,50 Mk. hätte B, wenn A erfüllt hätte. RG. 4 S. 181. Wie in diesem und ähnlichen Fällen ein Anspruch für A auf einen Lohn für nicht geleistete Fuhren als Gegenleistung bestehen soll, ist nicht verständlich. Wenn A an B zu 1000 verkauft, B in der Frist des § 326 nicht abnimmt und nicht zahlt, A Abnahme und Zahlung nicht mehr fordern kann, anderweit die dem Verderben ausgesetzte oder stetig im Preise fallende Waare zu 500 verkaufen muß, um den Schaden nicht zu steigern, § 254, so ist sein Interesse klar 500, aber nicht verständlich, wie B doch Lieferung soll fordern oder dem A soll entgegensetzen können, er habe die Waare liefern, aber nicht verkaufen dürfen, obwohl ihre Abnahme verweigert ist oder als verweigert gilt. Wenn in gleichem Fall A nicht liefert, B nach Beobachtung der Vorschrift des § 326 Lieferung gegen Zahlung nicht mehr fordern kann, sich anderweit zu 1500 decken muß, ist sein Interesse klar 500, aber unverständlich, wie A noch die Abnahme als Gegenleistung, oder gar der Dritte, an den A die Forderung auf den Kaufpreis cedirt hat, die Zahlung des Kaufpreises soll fordern können.

Wenn A sein Haus an B für 46000 Mk. mit der Abrede verkauft, daß B ihm das Eigenthum von zwei Baustellen übertragen, 10000 Mk. zahlen, diese 10000 Mk. für A auf dem Hause eingetragen werden sollen, B in der Frist des § 326 weder die Auflassung des Hauses entgegennimmt, noch die Eintragung der 10000 Mk. bewilligt, noch die Baustellen aufläßt, A nach Ablauf der Frist die Erfüllung des Vertrages, d. h. Abnahme des Hauses, Eintragung der 10000 Mk., Auflassung der Baustellen nicht mehr fordern kann, sondern nur noch das Interesse, d. h. Schaden und entgangener Gewinn, der nur darin bestehen kann, daß er bei Ausführung des Vertrages mehr gehabt haben würde, als er jetzt hat, so bleibt unverständlich, wie bei solcher Sachlage B noch die Auflassung des Hauses unter Bewilligung der Eintragung der 10000 Mk. soll fordern dürfen. Vgl. RG. 10 S. 176 (gem. R.). HGB. II § 376 Abs. 3.

Der Schuldner, der die Erfüllung des modus unmöglich gemacht hat, kann sich nicht darauf berufen, daß der modus nicht erfüllt, vielmehr gilt der modus ihm gegenüber als erfüllt. Der säumige Theil bei gegenseitigem Vertrage, der durch sein Verhalten herbeigeführt hat, daß die Erfüllung des Vertrages für den andern Theil kein Interesse hat oder sich doch so behandeln lassen muß, als habe die Erfüllung des Vertrages kein Interesse für den andern Theil, kann sich unmöglich darauf berufen, daß *ihm* nicht erfüllt sei, sondern muß sich so behandeln lassen, als sei ihm erfüllt. Darum fordert der Dienstberechtigte seinen Lohn für nicht geleistete, ihm nicht abgenommene Dienste, als seien sie geleistet, § 615, im Falle des § 326, auch wenn er sich anderweit vermiethet hat, die Lohndifferenz, ohne daß der Dienstherr einwenden kann, ihm seien die Dienste nicht geleistet oder in Zukunft noch zu leisten. Der Vermiether kann die Miethe für die nicht bezogene Wohnung fordern. Er kann ein erhebliches Interesse haben, daß die Wohnung nicht leer steht. Macht er deshalb von der Befugniß des § 326 Gebrauch und stellt dem Miether Frist zum Beziehen der Wohnung mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern werde, so *kann* er nicht bloß anderweit vermiethen, sondern kann nach § 254 *verpflichtet* sein, anderweit zu vermiethen, um den Schadensbetrag nicht unnöthig anwachsen zu lassen, und hat dann die Miethsdifferenz zu fordern. Es hätte keinen Sinn, dem Miether hier noch die Einrede der Nichterfüllung zu lassen.

Nicht anders steht es bei Kauf und anderen entgeltlichen Verträgen. Der Verkäufer kann sich bei Verzug des Käufers in Zahlung des Kaufpreises, wenn die Waare nicht übergeben, damit begnügen, die Zahlung gegen die Waare zu fordern. Er kann aber von der Befugniß des § 326 Gebrauch machen, und dazu dringenden Anlaß haben. Dann muß er nach Ablauf der Frist des § 326 befugt sein, die nicht abgenommene Waare zu verkaufen, um zu seinem Interesse zu gelangen; wie oben betont, kann er nach § 254 dazu sogar verpflichtet sein. Vgl. zu § 254 oben S. 61. Für die Form des Verkaufs giebt das BGB., abweichend von Art. 354 HGB. I, keine Vorschrift. *Die Ansicht, daß der Verkäufer zum Selbsthilfeverkauf überhaupt nicht befugt, weil er zu Lieferung gegen Ersatz seines Interesse aus dem Vertrage verpflichtet bleibe*, ist unhaltbar, weil der Verkäufer nicht verpflichtet sein kann, Waare zu liefern, deren Abnahme er nicht mehr fordern kann.

Ebenso kann sich der Käufer, dem nicht geliefert, mit dem Anspruch auf Lieferung gegen Zahlung begnügen. Er kann aber auch von der Befugniß des § 326 Gebrauch machen. Dann kann er nach Ablauf der Frist Lieferung gegen Zahlung nicht mehr

fordern. Das Gesetz unterstellt auch, daß das kein Interesse mehr für ihn hat. Der Schaden, dessen Ersatz er zu fordern hat, kann sich konkret ganz verschieden gestalten. Möglich, daß er nur in der Rückleistung der dem Verkäufer bereits geleisteten Anzahlung besteht; möglich ist, daß der Käufer theurer kaufen muß, was ihm nicht geliefert ist, er aber braucht. Das Ergebniß des Deckungsgeschäfts ist dann bestimmend für das Interesse, und solch zum Ersatz der ausgebliebenen Leistung des Schuldners bestimmtes Geschäft kann nicht bloß bei Kauf, sondern auch nach den obigen Beispielen bei Miethe, Frachtvertrag, Dienstvertrag und anderen Verträgen vorkommen und geboten sein, § 254. Die Natur, der Inhalt, die Voraussetzungen des Deckungsgeschäfts ergeben sich aus seiner Bestimmung, dem Gläubiger Ersatz für die ausgebliebene Leistung des Schuldners zu verschaffen. Ueber diesen Zweck darf es nicht hinausgehen, wenn es den Maßstab für die Interesseforderung abgeben soll. Daraus, in Verbindung mit § 242 (Treu und Glauben), ist zu beurtheilen, ob es zur rechten Zeit, am rechten Ort, unter den gebotenen Bedingungen geschlossen ist. Die Ergebnisse der bisherigen Praxis hinsichtlich des handelsrechtlichen Deckungsgeschäfts sind dafür auch jetzt von Werth. Vgl. OHG. 14 S. 10, 183; 20 S. 233, 21 S. 248, 22 S. 185, 187. RG. 4 S. 71, 6 S. 27, 7 S. 44, 11 S. 198, 14 S. 7, 140, 15 S. 72. Bolze 3 Nr. 677, 10 Nr. 483.

Nach dem § 252 gehört zum Schadensersatz auch hier der Ersatz des entgangenen Gewinns. Vgl. oben zu §§ 249 ff. S. 51 unter 44. Düringer und Hachenburg a. a. O. S. 161 ff. Nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge hätte der Käufer, der zum Wiederverkauf gekauft hat und nach Ablauf der Frist des § 326 Lieferung nicht mehr fordern kann, bei rechtzeitiger Lieferung oder auch bei Lieferung in der gestellten Frist die Waare zu dem Preise verkaufen können, zu dem sie damals auf dem Markte, der Börse, oder sonst im Verkehr stand. Ist dieser Preis höher als der Kaufpreis, den er zu zahlen gehabt hätte, so fordert er wie nach früherem Recht, (HGB. I Art. 357) OHG. 21 S. 248, RG. 6 S. 26 u. a., die Differenz als entgangenen Gewinn, und als Schaden das, was er etwa in Folge der Nichterfüllung von ihm seinem Kontrahenten hat zahlen müssen. RG. 15 S. 73. Nach den konkreten Verhältnissen kann der Käufer als entgangenen Gewinn das plus fordern, das er von seinem Abkäufer erhalten hätte. Vgl. OHG. 9 S. 322, 21 S. 249, 24 S. 332. Bolze 17 Nr. 460. Der Käufer, der zum eigenen Bedarf kauft, kann regelmäßig Gewinn aus beabsichtigtem Weiterverkauf nicht liquidiren, nur Schaden aus anderweiter Anschaffung. Der Verkäufer, dem die Waare nicht abgenommen und bezahlt, liquidirt als Schaden das minus, das er bei der anderweiten Verwerthung der Waare gegen den Kaufpreis erzielt hat oder nur noch erzielen kann.

37. Leistet der Schuldner in der bestimmten Frist, so bleibt dem Gläubiger immer noch der Anspruch wegen verspäteter Leistung. Es versteht sich von selbst, daß der Schuldner durch die Setzung der Frist und die Leistung in der Frist von der Verpflichtung zum Ersatz des durch den Verzug bereits entstandenen Schadens nicht befreit sein kann. Leistet er auch in der Frist nicht, so kann sich der Schaden erweitern. Vgl. OHG. 11 S. 182, 15 S. 336. RG. 6 S. 59. Bei wechselnder Konjunktur im Laufe der Frist kann nach den früher entwickelten Grundsätzen, die dem Gläubiger günstigste nur dann zu Grunde gelegt werden, wenn erwiesen, daß sie benutzt worden wäre.

38. Wenn der Schuldner in der ihm bestimmten Frist theilweise leisten will, so braucht der Gläubiger diese Theilleistung nach § 266 nicht anzunehmen. Nimmt er sie an, so kann die Sache so liegen, daß der Vertrag damit theilweise erfüllt und der entsprechende Theil der Gegenleistung geschuldet ist. Die Sache kann auch so liegen, daß die Theilleistung in der Erwartung der Vollleistung in der Frist angenommen ist. Nach Abs. 1 Satz 3 § 326 soll in beiden Fällen die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung finden, d. h. der Gläubiger kann, wenn die theilweise Erfüllung des Vertrages, die theilweise Leistung gegen entsprechende Gegenleistung für ihn kein Interesse hat, nun trotz der theilweisen Leistung von dem ganzen Vertrage zurücktreten, §§ 346 ff., oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach § 280 Abs. 2 verlangen. Vgl. oben S. 116 unter 102 und RG. 50 S. 138.

Die Voraussetzung des mangelnden Interesse an der theilweisen Erfüllung hat der Gläubiger darzulegen und zu beweisen. Die theilweise Erfüllung kann für den Gläubiger werthlos sein, der ein aus mehreren Bänden bestehendes ganzes Werk oder eine Maschine mit Armatur oder eine vollständige Ausstattung oder eine Wohnung von bestimmter Zimmerzahl oder Comptoir und Laden zu fordern hat, und in der Frist nur einen Theil der Bände, die Armatur, einen Theil der Ausstattung, zwei Zimmer statt sechs, das Comptoir ohne Laden oder den Laden ohne Comptoir erhalten hat. Bei Lieferung zu Export oder Import oder zu anderen Zwecken kann die Lieferung eines Theils den Zweck des ganzen Geschäfts verfehlen, ebenso bei Kauf eines Doppelgespanns. Aus dem in § 280 Abs. 2 angezogenen §§ 346—356 ergiebt sich, daß der Gläubiger die erhaltene Theilleistung zurückgeben oder vergüten muß, durch zufällige Unmöglichkeit der Rückgewähr davon befreit wird, im Falle seines Verschuldens aber, §§ 351, 352, 353, der Anspruch auf Rücktritt von dem ganzen Vertrage und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages fortfällt und nur das Recht auf Schadensersatz wegen Nichtleistung des Restes oder der Rücktritt bezüglich des Restes übrig bleibt. Auch der § 354 findet Anwendung.

39. Die §§ 326, 327 finden auch Anwendung, wenn der Schuldner nur mit einem Theil der Leistung im Verzuge ist. Das kann der Fall sein, wenn von der einheitlichen Leistung (100 Ctr. zu liefern) ein Theil geleistet wird (50), ein Theil (50) rückständig bleibt, oder wenn von der vertragsmäßig in Theilen zu leistenden Leistung die erste oder eine der folgenden Partial-, Successivleistungen nicht geleistet wird. Vgl. RG. 33 S. 56. OHG. 8 S. 424. RG. 39 S. 58. Der nicht säumige Theil kann dem säumigen die Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die rückständige Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. An sich hat das keine andere Wirkung, als daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist der nicht säumige Theil die Annahme der Restleistung ablehnen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung durch Nichtleistung des Restes verlangen oder von dem Vertrage bezüglich des Restes zurücktreten kann.

Daß mit dem Ablauf der Frist das Gesetz die Sache zu Gunsten des Gläubigers so ansieht, als stehe fest, daß die theilweise Erfüllung kein Interesse für den Gläubiger habe, läßt sich aus der Fassung des § 326 nicht herleiten, wäre auch in vielen Fällen theilweiser Leistung nicht zutreffend. Von Bedeutung könnte solche Auslegung für die Fälle der theilweisen Leistung einer einheitlichen Leistung sein, wo der Gläubiger die Theilleistung nach § 266 ohne Pflicht dazu in Erwartung baldiger Restleistung angenommen hat. Dann wäre der

Gläubiger beim Ausbleiben der Restleistung auch nach Ablauf der nach § 326 bestimmten Frist des Nachweises überhoben, daß nun die Erfüllung des Vertrages für ihn überhaupt kein Interesse habe. So weit geht das Gesetz aber nicht. Um den Rücktritt von dem ganzen Vertrage oder den Anspruch auf Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu begründen, ist die Darlegung erforderlich, daß durch das Ausbleiben der Restleistung der ganze Vertrag für den Nichtsäumigen kein Interesse mehr habe. Kann oder will er das nicht darthun, so bleibt die Verpflichtung aus dem, was geleistet, bestehen und der Verpflichtete kann sich durch die Berufung auf § 273, HGB. II § 369 schützen.

Wenn bei bedungener Leistung in Raten, Theilen schon die erste Rate ausbleibt, kann dies den Gläubiger berechtigen, auch die noch nicht fälligen Raten abzulehnen, zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung aller Raten zu fordern, aber nach dem Prinzip des BGB. immer nur unter der Voraussetzung, daß mit dem Ausbleiben der einen Rate das ganze Geschäft für den Gläubiger das Interesse verliert, z. B. weil er durch das Ausbleiben der einen Rate gezwungen, sich wegen aller Raten zu decken.

Aehnlich gestaltet sich die Sache, wenn nicht ein theilbares Quantum, sondern mehrere Einzelgegenstände Gegenstand des einen Vertrages sind. Vgl. OHG. 21 S. 204, 13 S. 330. RG. 17 S. 61.

---

3. Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 328. Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern.

In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragschließenden die Befugniß vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern.[1—5, 8, 10, 11])

§ 329. Verpflichtet sich in einem Vertrage der eine Theil zur Befriedigung eines Gläubigers des anderen Theiles, ohne die Schuld zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung von ihm zu fordern.[1, 9])

§ 330. Wird in einem Lebensversicherungs- oder einem Leibrentenvertrage die Zahlung der Versicherungssumme oder der Leibrente an einen Dritten bedungen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern. Das Gleiche gilt, wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt oder bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme von dem Uebernehmer eine Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Abfindung versprochen wird.[2, 8, 10, 11])

§ **331.** Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers.

Stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten, so kann das Versprechen, an den Dritten zu leisten, nur dann noch aufgehoben oder geändert werden, wenn die Befugniß dazu vorbehalten worden ist.

§ **332.** Hat sich der Versprechensempfänger die Befugniß vorbehalten, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen Anderen zu setzen, so kann dies im Zweifel auch in einer Verfügung von Todeswegen geschehen.

§ **333.** Weist der Dritte das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben. [7])

§ **334.** Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu. [6])

§ **335.** Der Versprechensempfänger kann, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist, die Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht. [5])

Versprechen der Leistung an einen Dritten. (Verträge zu Gunsten, zum Vortheil Dritter.) §§ 328—335. E. I §§ 412—416; II §§ 280—287; III §§ 322—329. ALR. I 5 §§ 74—77, 153; II 8 §§ 1971 ff. SBGB. §§ 853—856. C. c. art. 1119—1121, 1165. W. 2 §§ 316, 316a. D. Pr. Pr. 2 §§ 18—20. Eccius 1 § 75. RE. 1 Nr. 79, 80, 81. D. BR. 2 §§ 104—106. Stammler, das R. der Schuldverhältnisse § 49. Endemann 1 § 126. Cosack 1 § 96. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 1899. Ihering, Jahrb. Bd. 36 S. 353 (Kipp).

1. Ueber Verträge, durch welche die Leistung eines Dritten versprochen wird, vgl. oben zu §§ 305 ff. S. 157 unter 9. Die §§ 328 ff. behandeln die Verträge zu Gunsten eines Dritten, die den Dritten berechtigen sollen, unmittelbar oder mittelbar. § 328 Abs. 2, § 329, § 333. Was der das Versprechen empfangende Kontrahent für sich fordern und dem Dritten zuwenden könnte, soll dem Dritten durch den anderen Kontrahenten geschuldet werden. § 335.

Der Versprechensempfänger und der Andere sind die Kontrahenten des Vertrages in eigenem Namen; der Dritte ist nicht Kontrahent; ohne seinen Willen wird er nicht berechtigt; will er berechtigt sein, so ist er es doch nur aus dem Vertrage,

den er nicht geschlossen hat und der trotzdem für ihn und gegen ihn so wirken soll, als hätte er ihn geschlossen. §§ 333, 334.

Auszuscheiden aus dieser Kategorie von Verträgen sind danach zunächst alle Verträge, die im Namen des Dritten durch gewillkürten oder gesetzlichen Vertreter oder Geschäftsführer ohne Auftrag geschlossen werden, bei denen der Dritte der Kontrahent ist, allein als solcher und als dominus negotii in Betracht kommt, der Vertrag sein Vertrag ist und sein soll. § 87 I 5 ALR. § 164 Abs. 1 BGB. Vgl. ObTr. 19 S. 29. StrA. 67 S. 279. Dadurch unterscheidet sich namentlich die neg. gestio von dem Vertrage zu Gunsten eines Dritten, bei dem der Dritte nie Kontrahent ist. OHG. 10 S. 268, 388, 390; 13 S. 1, 16, 45; 15 S. 257, 260, 261; 17 S. 66, 69. Trotz dieses inneren Unterschiedes berühren sich neg. g. und Vertrag zu Gunsten eines Dritten vielfach und fließen ineinander, wo nicht ausdrücklich im Namen des Dritten gehandelt ist, nach der Natur des Rechtsverhältnisses aber nur die unmittelbare Berechtigung des Dritten gewollt sein kann, eigenes und zugleich fremdes Geschäft besorgt ist und zugleich die Annahme ausgeschlossen ist, daß der Geschäftsführer einen Anspruch aus der Geschäftsführung habe erwerben wollen. § 685. So lag StrA. 67 S. 279, RE. 1 Nr. 81 Erk. a (e), wo der Ehemann seine Ehefrau bei einer Sterbekasse mit einem zur Deckung der Beerdigungskosten bestimmten sog. Sterbekassengelde eingekauft hatte, die Ehefrau nach den Statuten der Sterbekasse dadurch Mitglied der Sterbekasse geworden war, in RG. 9 S. 261, wo bei der Preuß. Rentenversicherungsanstalt auf den Namen eines Dritten Einlagen gemacht waren, nach dem Statut der Dritte dadurch Mitglied der Anstalt und für seine Lebenszeit Rentenberechtigter geworden war, und in vielen anderen später zu erwähnenden Fällen. RG.18 S. 242, 47 S. 76.

Auszuscheiden sind ferner die Fälle des solutionis causa adjectus und der Anweisung. Für jedes Recht versteht sich von selbst, daß der Gläubiger mit dem Schuldner die Leistung der ihm schuldigen Leistung (Zahlung, Erfüllung) an einen Dritten stipuliren kann. ALR. I 16 §§ 31, 32, 251, 260 ff. BGB. §§ 783 ff., § 362 Abs. 2. Daraus folgt kein Gläubigerrecht des Dritten, RG. 43 S. 167, 171; 14 S. 150, und wenn er Gläubiger werden soll, so ist sein Gläubigerrecht doch nur das des ursprünglichen Gläubigers, das auf ihn durch Schenkung oder eine andere Art der Uebertragung übergegangen, durch Succession, von der bei den Verträgen im Sinne der §§ 328 ff. nie die Rede. So lag ObTr. 26 S. 8, Präj. 2464, wo A sein Gut an B verkauft und von dem Kaufgeld 300 an C als Vergeltung für Dienste überwiesen hatte. § 256 I 16 ALR. Das war remuneratorische Schenkung, durch die nach Acceptation durch C die Kaufgeldforderung des A auf C übergegangen war. Vgl. den gleichen Fall RG. 10 S. 279 (französ. R., C. c. art. 1121. Form der Schenkung nicht erforderlich).

Auch der Vertrag, durch den A sich seinem Verkäufer B verpflichtet, in Anrechnung auf das Kaufgeld eine Schuld des B an C zu zahlen oder zu übernehmen, ist an sich kein Vertrag zu Gunsten des C, wenn nur die Verpflichtung des A dem B gegenüber gewollt oder nicht Vortheile für den Gläubiger, wie Verzinsung, höhere Verzinsung, Ausschluß der Aufrechnung u. a. bedungen. § 329, § 415 BGB. Die Bestimmung im § 41 des Preuß. Eigenth.Ges. war ebenso rein positiver Natur wie es die Vorschrift des § 416 BGB., die des § 419 BGB., die des § 435 HGB. über die Rechte des Destinatärs bei dem Frachtvertrage, der §§ 25 ff. HGB., des § 571 BGB. (Eintritt des Käufers in den Miethsvertrag). § 1914 (Sammlung zu

wohlthätigem Zweck, Unterstützung Dritter). Das Rechtsgeschäft der Zahlung der Schuld eines Dritten, § 43 I 16 ALR., BGB. § 267, wirkt durch sich selbst befreiend und fällt nach § 333 so wenig unter die §§ 328 ff. wie die Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Gläubiger und Dritten, die in §§ 414 ff. positiv geregelt, und befreiend auch ohne den Willen des befreiten Schuldners wirkt. Dagegen ist der Vertrag zwischen Wechselinhaber und -Aussteller, durch den stipulirt, daß außer dem Aussteller auch der Acceptant aus dem Wechsel nicht in Anspruch genommen werden soll, Vertrag zu Gunsten des Acceptanten; Inhalt der Leistung an den Acceptanten ist die Befreiung, zu der die Auslieferung des Wechsels und die Quittirung, wie bei anderen Schuldverhältnissen die Quittirung und die Auslieferung der Schuldurkunde, gehören kann. OHG. 10 S. 267, 268. RG. 11 S. 124, 126. §§ 368, 371. Vgl. Bd. 1 S. 77 unter b.

Nicht hierher gehört das einseitige Rechtsgeschäft der Stiftung, §§ 80 ff. Inwieweit ein Klagerecht für Dritte auf die ihnen dadurch ausgesetzten Vortheile besteht, ist nur konkret zu finden. RG. 9 S. 206 — Bd. 1 S. 69 unter b. Besondere Regelung haben ferner erfahren das einseitige Rechtsgeschäft des Vermächtnisses, die Auflage, §§ 2192 ff., die Erbverträge mit ihrer Wirkung zu Gunsten Dritter, §§ 1432 ff., 2274 ff. Schenkung mit Auflage kann unter die §§ 328 ff. fallen, § 330 Satz 2, § 527 Abs. 2.

2. Die Regel des Röm. Rechts war, daß ein Vertrag, durch den sich der eine Kontrahent ohne eigenes Interesse eine Leistung an einen Dritten stipuliren läßt, keine Forderung begründe; die Obligation sollte nur die Kontrahenten als Gläubiger und Schuldner binden können. Der Dritte war nicht berechtigt, weil er nicht kontrahirt hatte. alteri stipulari non potest. Ausnahmefälle erkannte schon das R. R. an. l. 13 pr. D. 13, 7; l. 11 D. 44, 7; l. 21 D. 35, 2; l. 73 § 4 D. 50, 17; l. 38 § 17 D. 45, 1; l. 21 pr. D. 46, 1; l. 45 D. 24, 3; l. 2 C. 4, 27; l. 8 C. 3, 42; l. 7 C. 5, 14. Der Dritte, in dessen Namen man Geld auslieh und Pfand bestellen ließ, hatte die Schuld- und Hypothekenklage; wenn der veräußernde Pfandgläubiger dem Pfandschuldner die Wiedereinlösung ausbedang, klagte der Pfandschuldner gegen den Käufer; der Erbschaftsverkäufer konnte wirksam für den Legatar den Abzug der quarta Falcidia stipuliren; wer fremde Sache verlieh oder deponirte, konnte dem Eigenthümer wirksam die Rückgabe an ihn bedingen; den künftigen Erben konnte stipulirt werden; aus dem constitutum debiti des Erbschaftsbesitzers mit dem Schuldner konnte der wahre Erbe klagen; Schenkung unter Bedingung der späteren Herausgabe an einen Dritten war für den Dritten klagbar, ebenso die Stipulation bei Bestellung einer dos, daß sie der Tochter oder den Kindern herauszugeben.

Das ALR., das SBGB. und der C. c. ließen im Wesentlichen übereinstimmend zu, Vortheile eines Dritten zum Gegenstand des Vertrages zu machen, ließen das Recht des Dritten aber ohne seinen Beitritt, seine Annahme nicht entstehen. Die Preußische Praxis kam indessen zuerst in dem Pl. Präj. 1770, ObTr. 14 S. 68, RE. 1 Nr. 79 (80, 81) Erk. c, für bäuerliche Gutsüberlassungsverträge zur Annahme unmittelbarer Vertragsberechtigung unter sehr gezwungener Anwendung des Prinzips der Stellvertretung mit der Ausführung, daß der Vater, wenn er in solchen Verträgen Vortheile für seine Kinder ausbedinge, dieselben, selbst die nicht in seiner Gewalt stehenden, vertrete, und daß dies auch für die Mutter und die Großeltern gelte, argumentirte dabei aber auch mit der Natur dieser deutsch-gewohnheitsrechtlichen Ver-

träge. Vgl. ObTr. 34 S. 39, StrA. 39 S. 150, 25 S. 127, 83 S. 357. ObTr. 72 S. 12. Vgl. RG. 2 S. 272, 29 S. 173, 35 S. 266.

Aus dem gleichen Prinzip wurde dann die unmittelbare Berechtigung der Ehefrau aus einem Gutsüberlassungsvertrage, in welchem der Ehemann ihr ein Ausgedinge stipulirt hatte, ObTr. 38 S. 22, und aus einem Vertrage hergeleitet, in welchem der Vater sein Leben zu Gunsten der Kinder versicherte. Für den Fall der Lebensversicherung zu Gunsten der Wittwe wurde nach ALR. II 8 §§ 1968, 2089, 2280, 2293 ff. die Anwendbarkeit des § 75 I 5 über die Nothwendigkeit des Beitritts des Dritten überhaupt verneint. ObTr. 51 S. 43. Im Einzelnen wurden in der Praxis als Verträge zu Gunsten Dritter besonders behandelt die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, die Feuerversicherung mit Stipulation zu Gunsten der Hypothekengläubiger, die Schuldübernahme mit Stipulation zu Gunsten des Gläubigers, und dabei die Frage des Verhältnisses der Kontrahenten, der Dauer ihrer Herrschaft über das dem Dritten stipulirte Recht, der Aufhebung und Modifikation dieses Rechts, die Frage der Einreden des Versprechenden gegen den Dritten aus dem Vertrage, exc. non adimpl. contr., erörtert.

Im gem. R. ging die Entwicklung mit starken Schwankungen im Wesentlichen dahin, ein unmittelbares Recht des Dritten aus dem Vertrage der Kontrahenten ohne Acceptation mit Hülfe der Annahme stillschweigender Cession oder Ermächtigung oder auch ohne solche aus dem Willen der Kontrahenten heraus anzuerkennen. Vgl. W. 2 § 316[13], § 316a. OHG. 21 S. 232.

3. Das BGB. spricht im § 328 Abs. 1 den allgemeinen Rechtssatz aus, daß durch Vertrag die Leistung an einen Dritten so bedungen werden kann, daß der Dritte unmittelbar Gläubiger wird. Nur mit dieser Wirkung hat das Versprechen der Leistung an einen Dritten ein besonderes rechtliches Interesse. Im Sinn des BGB. sind Verträge zu Gunsten Dritter nur die Verträge, bei denen diese Wirkung gewollt. Daß im Abs. 2 § 328 unterstellt, ein Vertrag über Leistung an einen Dritten könne auch so gemeint sein, daß der Dritte das Recht auf die Leistung nicht erwerben solle, steht nicht entgegen; das ist nichts Neues und nichts Besonderes. Es bestätigt nur den alten, auch neben der Theorie von den Verträgen zu Gunsten Dritter auch nach dem BGB. bestehenden Rechtssatz, daß *grundsätzlich das Recht aus einem Vertrage nur den Kontrahenten zusteht.*

Auch nach BGB. kann eine Gemeinde, die mit Staatszuschuß eine Brücke gebaut hat, von einem Dritten nicht auf Feststellung ihrer Reparaturpflicht um deswillen in Anspruch genommen werden, weil der Staat den Zuschuß an die Reparaturpflicht der Gemeinde geknüpft hat; der Gläubiger des A kann nicht um deswillen, weil B eine Sache des A verkauft hat, die Kaufpreisforderung des B in Anspruch nehmen. StrA. 49 S. 127, 87 S. 93. Wenn der Verpächter mit dem Pächter ausmacht, daß bei Enteignung (ganz oder theilweise) der Pachtvertrag beendet und der Pächter nichts als die Zinsen der Enteignungsentschädigung (ganz oder theilweise) erhalten soll, so kann der Unternehmer gegen die Klage des Pächters auf Entschädigung wegen der Aussaat aus dem Vertrage nichts für sich herleiten, als daß der Pächter durch die Enteignung nicht beschädigt, weil vertragsmäßig *sein Pachtrecht* mit der Enteignung aufgehört und die Entschädigung an die Stelle des Pachtobjekts getreten. StrA. 100 S. 314. Wenn A an B eine Scheune seines Guts zum Abbruch verkauft, dann das ganze Gut an C mit der Verpflichtung, die Scheune abzubrechen, und B mit C paktirt, daß C gegen Entschädigung, die B zahlt, die Scheune stehen lassen

muß, so kann A gegen C Rechte aus dem Vertrage des C mit B nicht geltend machen, aber wohl sich darauf berufen, daß C ihm die Erfüllung durch B unmöglich gemacht habe und arglistig handle, § 242, so wie B gegen die Klage des A auf den Abbruch geltend machen könnte, daß A gegen § 242 und § 226 verstoßen, da seine Verpflichtung gegen C erloschen. StrA. 96 S. 37.

Alle Vorschriften des Titels zielen auf die Scheidung der Verträge über Leistung an einen Dritten, welche das Gläubigerrecht des Dritten wollen, von den Verträgen, die nicht diesen Inhalt haben, §§ 328—330, und auf Normirung des Rechtsverhältnisses aus den Verträgen der ersteren Art. §§ 331—335. Ueber die Verträge der zweiten Art sagt der Titel nichts und braucht nichts zu sagen, weil nach BGB. § 241 der Begründung eines Schuldverhältnisses auf Leistung einer dem Gläubiger schuldigen Leistung an einen Dritten nichts entgegensteht, §§ 329, 415, solch Schuldverhältniß nichts Besonderes hat.

4. Der § 328 Abs. 1 stellt das Prinzip fest, daß Verträge so geschlossen werden können, daß ein Dritter unmittelbar Gläubiger aus dem Vertrage wird, überläßt aber der Beurtheilung des einzelnen Falls, ob das Gläubigerrecht des Dritten gewollt ist, ob es sofort, unbedingt, bedingt, unbetagt, betagt, befristet, unbefristet, von der Bestimmung der Kontrahenten abhängig oder unabhängig entstehen, bestehen und wirken soll. Die Kontrahenten haben darin freie Hand. Der Dritte kann sofort oder nachträglich bestimmt werden, zur Zeit des Vertrages geboren oder nicht geboren sein, alternativ bestimmt werden, so bestimmt werden, daß der Versprechensempfänger sich die Substituirung eines Anderen vorbehalten kann. §§ 328 Abs. 2, 331, 332.

Es versteht sich von selbst, daß die Kontrahenten auch paktiren können, daß der Dritte über seinen Beitritt gehört werden soll, sich in bestimmter Frist erklären soll, ohne dies ein Recht aus dem Vertrage nicht entstehen soll.

5. Ist gemäß § 328 Abs. 1 gewollt, daß der Dritte unmittelbar das Recht auf die Leistung erwerben soll, so wird er Gläubiger aus dem Vertrage, nicht aus einem in dem Vertrage enthaltenen einseitigen Versprechen des versprechenden Kontrahenten, nicht dadurch, daß das für den Kontrahenten entstandene Gläubigerrecht auf ihn übergeht. Das ist gerade das Wesen der Verträge der §§ 328 ff., daß das Recht aus dem Vertrage der Kontrahenten nicht für diese, sondern für den Dritten entsteht, unmittelbar, nicht durch Succession. Vgl. oben den Fall ObTr. 26 S. 8. RG. 24 S. 337 (Lebensversicherung zu Gunsten der Ehefrau; die Ehefrau erwirbt aus dem Vertrage, nicht aus dem Nachlaß). Der Vertrag muß nach Form, Inhalt, Geschäftsfähigkeit der Kontrahenten für diese verbindlich sein. Vgl. RG. 35 S. 206. — Bd. 1 S. 107 (Lebensversicherung zu Gunsten der Wittwe durch den blödsinnigen Ehemann). Er bedarf z. B. der Form des § 313, wenn er die Verpflichtung begründen soll, dem Dritten das Eigenthum an einem Grundstück zu übertragen, und der Genehmigung nach §§ 107 ff. Soll der Dritte, was nicht ausgeschlossen, zugleich Verpflichtungen übernehmen, so kann er im Fall der §§ 107 ff. ohne Genehmigung nicht erwerben (Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer, daß der Käufer zu demselben Preise an einen Dritten zu verkaufen hat. ObTr. 12 S. 150. StrA. 24 S. 33: Vertrag zwischen Eheleuten über Grundstücke; Stipulation eines Vorkaufsrechts für den Sohn des Ehemanns). Regelmäßig erwirbt aus dem Vertrage ein Gläubigerrecht nur der Dritte, aber der Kontrahent, der dem Dritten stipulirt hat, soll die Leistung an den Dritten ebenfalls fordern können,

sofern nicht ein anderer Wille der Kontrahenten anzunehmen ist. § 335. Das wird regelmäßig der Fall sein, wenn ein Interesse des Kontrahenten, daß an den Dritten geleistet werde, nicht zu finden ist. So schon ObTr. 12 S. 150. RG. 21 S. 188, 221.

Da der Kontrahent nur Leistung an den Dritten fordern kann, ist er nicht Gesammtgläubiger, § 428, sondern steht wie ein Vertreter des Dritten aus eigenem Recht. res judicata wirkt nur gegen ihn, nicht gegen den Dritten. Seine Forderung auf Leistung an den Dritten fällt fort, sobald das Recht des Dritten durch Befriedigung, Zurückweisung des aus dem Vertrage erworbenen Rechts, § 333, oder aus anderem Grunde, Vertrag des Dritten mit dem Schuldner der Leistung, Erlaßvertrag, Unmöglichkeit der Erfüllung, die der Schuldner nicht zu vertreten hat, § 275, fortgefallen ist. .Die Lage des Schuldners wird dadurch keine andere, daß er an einen Dritten zu leisten hat. Welche Rechte für den Kontrahenten, der für den Dritten stipulirt hat, übrig bleiben oder dadurch entstehen, daß aus der Leistung an den Dritten nichts wird, ist nur konkret nach der Natur und dem Inhalt des Vertrags zu finden. Auch wenn er Leistung an den Dritten nicht soll fordern dürfen, kann diese Leistung doch nach dem Inhalt des Vertrages Bedingung seiner eigenen Pflicht aus dem Vertrage sein.

Leistung an sich selbst kann der Kontrahent aus dem Vertrage nicht fordern. Ist Inhalt des Schuldverhältnisses der Vortheil des Dritten, so ist es unstatthaft, daß der Kontrahent diesen Inhalt dadurch ändert, daß er für sich fordert, was für den Dritten stipulirt ist. In StrA. 4 S. 251 hatte A bei dem Verkaufe seines Grundstücks an B stipulirt, daß B ein für die Geschwister des A eingetragenes unverzinsliches Kapital in p. pr. übernähme und in bestimmter Art von bestimmtem Termin ab verzinse. Seine Klage gegen B auf Zahlung der Zinsen an ihn, A, selbst ist abgewiesen. Vgl. zu § 333.

Jede Klage des Kontrahenten auf Leistung ist ausgeschlossen, wenn nach dem Inhalt des Vertrages der Dritte allein forderungsberechtigt sein soll.

6. Soll der Dritte unmittelbares Gläubigerrecht erwerben, so ist sein Gläubigerrecht doch immer Recht aus dem Vertrage der Kontrahenten. Die Lage des Schuldners kann dadurch nicht verschlechtert werden, daß ein Dritter Gläubiger sein soll, ebenso wie das Rechtsverhältniß zwischen den Kontrahenten dadurch, daß der Dritte Gläubiger, nicht weiter berührt wird, als daß eben der Dritte die Leistung zu fordern hat. Darum hat der Schuldner gegen den Dritten alle Einreden, die er aus dem Vertrage gegen seinen Kontrahenten hat. § 334. Zunächst selbstverständlich alle die Einwendungen, die sich gegen die Verbindlichkeit des Vertrages richten, sei es, daß sie aus dem Mangel seiner Geschäftsfähigkeit, seines Willens (Irrthum, Täuschung, Drohung, Gewalt, Schein, Scherz), oder aus einem Mangel im Inhalt des Vertrages (Verbot, Verstoß gegen die gute Sitte) oder seiner Form hergeleitet werden. §§ 107 ff., 117 ff., 134, 138, 309 ff., § 143 Abs. 2. Der Dritte ist als der Gläubiger kein Dritter im Sinn § 123 Abs. 2 Satz 2. Vgl. den Fall RG. 35 S. 206 zu §§ 104 ff. — Bd. 1 S. 107.

Dazu treten die Einreden aus dem Vertrage, die dahin gehen, daß nach dem Inhalt des Vertrages die Verpflichtung aus demselben nicht entstanden oder aufgehoben, erloschen, namentlich bei gegenseitigen Verträgen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, der Unmöglichkeit der Erfüllung, der Beseitigung des Vertrages durch

Ausübung des Rücktrittsrechts, §§ 320 ff., 323 ff. Der Schuldner hat aus dem gegenseitigen Vertrage gegen den Dritten als Gläubiger an sich und ohne abweichende Vertragsbestimmung keinen Anspruch auf die oder eine Gegenleistung, die der Promissar ihm schuldet, aber er hat ohne die Gegenleistung auch dem Dritten nicht zu leisten. So schon nach früherem Recht. In StrA. 95 S. 226 hatte in dem Gutsüberlassungsvertrage mit B Abfindungen für dessen Geschwister stipulirt, die von den Geschwistern eingeklagt wurden. B exzipirte, daß A auf dem Gute eingetragene, nicht übernommene Hypotheken nicht zur Löschung gebracht, und machte liquide, daß sein Anspruch aus der Gewährleistung höher als die Abfindung. Die Klage ist abgewiesen, ALR. I 5 §§ 271, 317, 318; 11 § 184, und würde auch nach BGB. abzuweisen sein. §§ 334, 439, 440, 459 ff., 519 ff., 526, 527. Ebenso exzipirt die Versicherungsgesellschaft gegen die Klage des Dritten, zu dessen Gunsten Versicherung genommen, daß die Versicherung auf Grund der Police wegen Nichtzahlung der Prämie oder aus anderem Grunde erloschen. Vgl. auch StrA. 94 S. 165 (Einrede der Aufhebung des Vertrages durch die Kontrahenten).

Keine Einrede aus dem Vertrage ist die Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Schuldners gegen den Kontrahenten, der für den Dritten stipulirt hat; gegen den Dritten ist sie schon nach § 387 ausgeschlossen, denn der Dritte schuldet die Gegenforderung nicht. Einreden aus der Person des Dritten stehen dem Schuldner unbeschränkt zu wie in jedem anderen Falle.

7. Nach § 333 kann der Dritte das ihm durch den Vertrag zu seinen Gunsten entstandene Recht zurückweisen, natürlich, da ihm das ohne seine Mitwirkung zu Stande gekommene Recht nicht aufgedrängt werden kann. Rechtliche Bedeutung hat die Zurückweisung nur, wenn sie dem Verpflichteten gegenüber erfolgt, sie geschieht durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. §§ 130 ff. Das erworbene Recht gilt dann rückwärts als nicht erworben.

Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn das erworbene Recht ausdrücklich oder stillschweigend angenommen ist. Dann bedarf es zur Beseitigung des Rechts eines anderen Rechtsakts mit dem Verpflichteten, wenn sich nicht aus dem Vertrage anderes ergiebt. Auch die Erben des Dritten können den Erwerb zurückweisen, wenn das Recht noch nicht angenommen ist. Daß der Dritte nicht vor dem Erwerb auf den künftigen Erwerb, § 331, verzichten könnte, folgt aus § 333 nicht.

Wie die Zurückweisung des Rechts durch den Dritten auf das Vertragsverhältniß zwischen den Kontrahenten wirkt, ist nur konkret nach Natur und Inhalt des einzelnen Vertrages zu finden. Regelmäßig wird die Sache so liegen, daß damit auch das dem Stipulanten etwa nach § 335 zustehende Recht, die Leistung an den Dritten zu fordern, fortfällt. In vielen Fällen wird das Vertragsverhältniß seinen Inhalt verlieren. In anderen Fällen wird sich aus dem Vertrage entnehmen lassen, daß nur der Stipulant oder eine andere von ihm bestimmte Person berechtigt sein soll. Für den Fall der Schenkung mit Auflage bestimmt § 527 Abs. 1 für den Fall, daß nicht ein Dritter berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, die condict. des Geschenks durch den Schenker soweit es zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen; nur der Rest sollte ja Geschenk sein. Wenn bei Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten dieser zurückweist, kann kaum anders angenommen werden, als daß die Versicherungssumme in den Nachlaß des Versicherungsnehmers fällt. Wenn der Verkäufer zu Gunsten

eines projektirten Hospitals mit dem Käufer stipulirt hat, daß dieser einen bestimmten Theil des Grundstücks (Garten) nicht bebauen darf, so wird mit dem Fortfall des Projekts die Stipulation inhaltslos. Daraus kann ein Bereicherungsanspruch für den Verkäufer entstehen, wenn er gegen die Verpflichtung des Käufers Gegenleistung übernommen oder den Kaufpreis herabgesetzt hat. §§ 275, 323.

8. Ob und wann aus dem Vertrage der Dritte das Gläubigerrecht unmittelbar erwirbt, soll nach § 328 Abs. 2, wenn nicht der Vertrag selbst es klar stellt, aus den Umständen, insbesondere dem Zwecke des Vertrages, entnommen werden, ebenso ob es sofort, oder bedingt, betagt entstehen und der Herrschaft der Kontrahenten entzogen sein soll oder nicht. Für Lebensversicherung und Leibrentenvertrag, für unentgeltliche Zuwendung mit Auflage zu Gunsten eines Dritten, für Vermögens- und Gutsüberlassungsverträge mit Bestimmung von Abfindungen für Dritte stellt § 330 die Vermuthung auf, daß der unmittelbare Rechtserwerb des Dritten gewollt. Das rechtfertigt sich, weil in diesen Fällen ein Gläubigerrecht des Kontrahenten theils keinen Sinn, theils keinen Zweck hat, zu einem Gläubigerrecht seiner Erben gegen den Zweck des Vertrages wenden würde, da es vor dem Tode des Kontrahenten nicht praktisch wird. Scharf zu trennen von der Frage, ob das Recht des Dritten unmittelbar durch den Vertrag entsteht, ist die Frage, ob es sofort und unabänderlich entsteht. Nach § 328 Abs. 2 ist auch dies aus den Umständen und dem Zweck des Vertrages zu entscheiden, und nach § 331 soll im Zweifel das Gläubigerrecht des Dritten erst mit dem Tode des für ihn stipulirenden Kontrahenten entstehen, wenn die Leistung erst nach diesem Tode erfolgen soll, wie bei Lebensversicherung, bei Leibrentenverträgen, bei Schenkungen auf den Todesfall zu Gunsten eines Dritten, und vielfach bei Abfindungen an Stelle des Erbtheils bei Gutsüberlassungsverträgen.

Aus § 331 Abs. 2 folgt, daß der Vertrag auch zu Gunsten eines noch nicht geborenen Dritten geschlossen werden kann. Vgl. §§ 2162, 2163. Das Recht des Dritten entsteht erst mit seiner Geburt und im Falle § 331 Abs. 1 mit dem Tode des Kontrahenten, wenn er zu dieser Zeit geboren. Ist er zu dieser Zeit noch nicht geboren, aber nicht ausgeschlossen, daß er noch geboren wird, so soll nach Abs. 2 § 331 das künftige, noch unsichere Recht des Dritten doch der Disposition der Kontrahenten und der Erben des stipulirenden Kontrahenten nur dann unterliegen, wenn diese Disposition im Vertrage ausdrücklich vorbehalten worden ist. Wenn also z. B. Großeltern in dem Gutsüberlassungsvertrage mit dem Sohne zu Gunsten der lebenden und künftigen Enkel über den Ueberlassungspreis disponiren, so kann nach ihrem Tode der Sohn an dem Rechte auch seines noch nicht geborenen Kindes nichts mehr ändern, auch nicht durch Testament, wenn der Vertrag ihm dies nicht vorbehalten hat. Vgl. den Fall ObTr. 16 S. 443.

Außer in den Fällen des § 330 kann sich das unmittelbare Gläubigerrecht des Dritten als gewollt aus dem Zwecke des Vertrages ergeben. So bei Versicherung einer Pension für die Wittwe, bei der ihrer Natur nach nur an ein Recht der Wittwe gedacht werden kann, bei Vertrag des einen Schuldners mit dem Gläubiger, daß auch der Mitschuldner befreit sein soll, OHG. 10 S. 267, 268, RG. 11 S. 126, ferner in den oben erwähnten Fällen StrA. 67 S. 279, RG. 9 S. 261, wo aus der Natur des Vertrages folgte, daß nichts anderes gewollt sein konnte, als das unmittelbare

Recht des Dritten. Ebenso lag RG. 10 S. 242, wo der Gründer einer neuen Ansiedlung der Behörde gegenüber bei Genehmigung der Ansiedlung sich verpflichtet hatte, die Schule für die neue Gemeinde zu bauen, den Grund und Boden herzugeben, und jährlich 300 Mk. zu den Gemeindeumlagen zu zahlen, wodurch nur die Gemeinde unmittelbar berechtigt sein konnte, nach § 335 daneben wohl auch die Behörde.

In RG. 47 S. 76 war der Schlachthauszwang statutarisch eingeführt, von der Gemeinde das öffentliche Schlachthaus einer Genossenschaft zum Bau und zur Unterhaltung mit der Verpflichtung überwiesen, Jeden als Genossen aufzunehmen, der im Orte wohnhaft und dem Schlachtzwang im öffentlichen Schlachthaus unterworfen. Darin lag ein Vertrag zu Gunsten Dritter, aus dem dem Dritten das unmittelbare klagbare Recht auf Aufnahme in die Genossenschaft erwachsen mußte. Wenn der Verkäufer in dem Vertrage zu Gunsten eines bestehenden oder zu erbauenden Krankenhauses eine Baubeschränkung stipulirt, so liegt es in dem Zweck des Vertrages, daß die Verwaltung des Krankenhauses unmittelbar das Recht auf Einhaltung der Beschränkung erwerben soll. RG. 47 S. 357. Wenn der Fuhrwerksbesitzer mit dem Fahrgast ein Trinkgeld für den Kutscher verabredet, so versteht sich von selbst, daß der Kutscher das Trinkgeld fordern soll. Wenn A an B mit der Abrede verkauft, daß B verpflichtet, an die Tochter des A zu demselben Preise zu verkaufen, falls sie den Sohn des B heirathet, so kann nur gemeint sein, daß die A nach der Verheirathung soll klagen dürfen. ObTr. 49 S. 52. Wenn der Hauseigenthümer mit dem Käufer stipulirt, daß derselbe den Miethern vor bestimmtem Termin nicht kündigen darf, oder von einem verarmten Miether für eine gewisse Zeit die Miethe nicht fordern darf, so ist das unmittelbare Recht des Miethers klar gewollt.

Ohne Bedenken ist unmittelbares Gläubigerrecht des Dritten anzunehmen, wenn bei Versicherung eines Gebäudes gegen Feuersgefahr in der Police stipulirt, daß die Versicherungssumme nur zum Wiederaufbau gezahlt, im Falle des Verlustes des Rechts aus der Versicherung aber zur Befriedigung der Hypothekengläubiger verwendet werden soll. OHG. 17 S. 66, wo der Versicherte das Gebäude in Brand gesteckt hatte, die Hypothekengläubiger auf Zahlung an sie klagten. Das OHG. hat verurtheilt; die Versicherung sei zugleich in neg. gestio für die Hypothekengläubiger geschlossen. Nach BGB. bedarf es dieses Hilfsmittels nicht. Ebenso StrA. 76 S. 176, wo in dem Reglement der Feuersozietät eine ähnliche Bestimmung zu Gunsten der Hypothekengläubiger getroffen war, und RG. 8 S. 169, 25 S. 219. Solche Abmachungen zu Gunsten der Hypothekengläubiger behalten ihre Bedeutung auch neben den §§ 1127, 1128 BGB. wie früher neben dem § 30 des Preuß. Eigenth.Ges.

Nicht anders sind nach BGB. die in RG. 1 S. 378, 9 S. 314, 12 S. 317, OHG. 23 S. 158 behandelten Fälle der Versicherung von Arbeitern gegen Unfall, der nicht unter das Haftpflichtgesetz fällt, durch den Arbeitgeber aufzufassen. Dabei kann nur ein Anspruch **des Arbeiters** gemeint und gewollt sein, weil der Arbeitgeber geradezu gegen die guten Sitten verstoßen würde, wenn er aus dem Unfall durch Einziehung der Versicherungssumme für sich Vortheil ziehen wollte, ohne dem Arbeiter verpflichtet zu sein. Anders liegt natürlich die Versicherung, **die der Arbeitgeber für sich gegen die Nachtheile aus Unfällen nimmt, für die er aufzukommen hat.** In OHG. 23 S. 158 lag der Fall so, **daß nach dem Versicherungsvertrage ausdrücklich nur ein Rechtsverhältniß zwischen Arbeitgeber und Gesellschaft begründet wurde.** Das OHG.

hat die Klage der Hinterbliebenen des Arbeiters gegen den Arbeitgeber, der die Versicherungssumme eingezogen hatte, mit der Ausführung zugelassen, durch die Zahlung der Versicherungssumme an den Arbeitgeber zur Verwendung für die Hinterbliebenen, die den Zweck der Versicherung bilde, sei der Vertrag zu Gunsten der Hinterbliebenen geschlossen, dem diese durch die Klage beiträten.

Auch nach dem BGB. könnte in solchem Falle ein unmittelbares Klagerecht gegen die Gesellschaft als dem Vertrage zuwiderlaufend nicht entstehen, nur durch Abtretung Seitens des Arbeitgebers. RG. 19 S. 77, 81. Damit wäre die Natur eines solchen Vertrages als Vertrages im Sinne der §§ 328 ff. verschwunden. Die Konstruktion, wie sie das OHG. unternimmt, um den Anspruch gegen den Arbeitgeber zu begründen, indem es in der Auszahlung an den Arbeitgeber einen neuen Vertrag zu Gunsten des Arbeiters findet, ist künstlich und unwahr. Dagegen helfen hier vollständig die Grundsätze von der neg. gestio, §§ 677, 683, 684, 685 Abs. 1; wenn man nicht aus der Natur des Vertrages selbst folgern will, daß der Versicherungsnehmer dem Arbeiter und der Gesellschaft gegenüber verpflichtet ist, die Versicherungssumme dem Arbeiter zu zahlen. RG. 19 S. 81. Derselbe Gesichtspunkt kann, wenn A bei seiner Auswanderung dem B Auftrag zur Versilberung seiner Sachen und Befriedigung seiner Gläubiger giebt, die Klage der Gläubiger gegen B begründen. In RG. 15 S. 310 ist sehr weitgehend nach C. c. angenommen, daß, wenn A mit seinem Gläubiger paktirt, derselbe dürfe seine Forderung auf ein bestimmtes Grundstück nicht eintragen lassen, dies auch von dem Käufer dieses Grundstücks geltend gemacht werden kann.

9. Schuldübernahme. § 329. Unter 1 ist bereits darauf hingewiesen, daß die Schuldübernahme im Sinne der §§ 414 ff. nicht zur Kategorie der Verträge der §§ 328 ff. gerechnet werden kann, weil es sich bei ihr, und zwar auch im Falle des § 415, um die Schuldübernahme zum Zwecke der Befreiung des Schuldners handelt. Im Falle des § 414 (exprom.) tritt die Befreiung ohne den Willen des Schuldners ein, anders als § 333 für die Verträge zu Gunsten Dritter bestimmt, und im § 415 tritt sie überhaupt nicht ein, wenn der Gläubiger die Schuldübernahme nicht genehmigt. Im § 415 wird vorausgesetzt, daß der Vertrag zwischen dem Schuldner und Uebernehmer die Befreiung des Schuldners durch die Uebernahme will. Schlägt dies fehl, weil der Gläubiger die Genehmigung verweigert, so bleibt nichts als die Pflicht des Uebernehmers gegen den Schuldner übrig, den Gläubiger zu befriedigen. Anders liegt die Sache auch nicht in dem Falle, den § 329 im Auge hat. Besagt der Vertrag nichts, als daß der eine Kontrahent die Schuld des anderen an dessen Gläubiger zahlen, den Gläubiger befriedigen, den Kontrahenten befreien soll, so liegt darin an sich kein Vertrag zu Gunsten des dritten Gläubigers, sondern des Kontrahenten als Schuldners. Das ist anders, wenn für den Gläubiger dabei besondere Vortheile bedungen werden, wie in dem oben unter 5 erwähnten StrA. 4 S. 251 (Verzinsung unverzinslicher Schuld, höhere Verzinsung u. a.). Dann ist klar, daß nur der Vortheil des Gläubigers und nichts anderes, als das unmittelbare Recht des Gläubigers gewollt sein kann. § 328 Abs. 2.

Anders kann es auch sein, wenn die Kontrahenten gewollt haben, daß der Gläubiger aus dem Vertrage ein Recht gegen den Uebernehmer erwerben soll, auch ohne Befreiung des Schuldners. Dazu kann das Interesse des kontrahirenden Schuldners drängen ebenso wie das des Gläubigers, dem die Uebernahme zwei Schuldner schafft. Ob es gewollt, kann nur die Prüfung des einzelnen Falls ergeben.

Dies war im Wesentlichen der Standpunkt des gem. R., RG. 7 S. 131, 32 S. 157, 33 S. 185, 190, und darauf beruht § 329. Im Zweifel soll nicht angenommen werden, daß der Gläubiger unmittelbar das Recht, vom Uebernehmer Befriedigung zu fordern, erwerben solle; die Vermuthung spricht dagegen. Grundsätzlich besteht nur ein Recht des Schuldners gegen den Uebernehmer wie in § 415 Abs. 3. Ob dies Recht auf Befriedigung des Gläubigers oder auf Exneruation geht, oder nur dahin, daß der Schuldner von seinem Gläubiger nicht in Anspruch genommen werde, ist ebenfalls konkret zu beurtheilen. Vgl. § 415 Entw. I § 318. Regelmäßig wird der Vertrag darüber bestimmen.

Nach ALR. I 5 § 75 bedurfte es grundsätzlich des Beitritts des dritten Gläubigers, um diesen zu berechtigen, StrA. 90 S. 92, ObTr. 50 S. 335 (StrA. 60 S. 20). In letzterem Falle war A von B als Gutsschäfer engagirt und hatte Kaution bestellt. Als B das Gut an C verkaufte, stipulirte er, daß C die Kaution übernehme. Nach dem Austritt des A aus dem Dienst des C klagte er gegen C auf Zahlung der Kaution. Das ObTr. wies die Klage ab, weil A dem Vertrage zwischen B und C nicht beigetreten. Nach § 329 BGB. würde dieser Entscheidungsgrund fortfallen und die Klage zuzulassen sein, da entweder B die Kaution an C ausgehändigt oder den C für die Uebernahme entschädigt haben wird, in beiden Fällen anzunehmen, daß das direkte Gläubigerrecht des A gewollt ist. § 328 Abs. 1 u. 2.

Ueber das Rechtsverhältniß aus der Uebernahme von Aktiven und Passiven bei Uebertragung eines Vermögens, § 419, und Uebernahme eines Handelsgeschäfts, HGB. II §§ 25 ff., vgl. zu § 419.

10. Vermögens-, Gutsüberlassungsverträge. §§ 330, 321, 332. RE. 1 Nr. 79 (80, 81) unter 2. Ueber die Beurtheilung dieser Verträge im Preuß. R. vgl. oben unter 2. Von dieser rechtlichen Beurtheilung aus dem Prinzip der Stellvertretung des Dritten durch den Stipulanten wich die Praxis des Reichsgerichts insofern ab, als es das unmittelbare Recht des Dritten aus der besonderen Natur des Vertrages ableitete und die Anwendung der Vorschriften in ALR. I 5 §§ 74 ff. ablehnte, RG. 2 S. 272, 3 S. 257, 29 S. 173, 35 S. 226, ein Standpunkt, dem sich übrigens schon die Praxis des ObTr. in ObTr. 55 S. 296, 59 S. 247, 75 S. 325 näherte. Der § 330 spricht die Vermuthung zu Gunsten des unmittelbaren Rechts des Dritten nur für solche Stipulationen aus, die dem Uebernehmer eine Leistung an den Dritten zum Zwecke der Abfindung desselben auferlegen. Dabei ist nicht nothwendig an baare Abfindung zu denken. In StrA. 10 S. 9 ist der Grundsatz des Pl. Pr. 1770, ObTr. 14 S. 68, auch auf Abfindung durch einen Theil des überlassenen Guts angewendet, auch nach BGB. wird § 330 auf solchen Fall anzuwenden sein. In der Regel handelt es sich um Abfindung von Kindern und Enkeln. Daneben kommen aber auch Stipulationen zu Gunsten der Wittwe, des künftigen Ehegatten, Stipulationen betreffend die Ueberlassung des durch den einen Ehegatten übernommenen Guts an eines der Kinder, über Gewährung von Ausgedinge vor, ObTr. 38 S. 22, RG. 29 S. 173, die nicht unmittelbar unter § 330 fallen, aber nach dem allgemeinen Prinzip in § 329 Abs. 1 u. 2 zu beurtheilen sind.

In der bisherigen Praxis ist namentlich die Frage vielfach zur Erörterung gekommen, mit welchem Zeitpunkte das Recht des Dritten entsteht und ob und wie lange es der Disposition des stipulirenden Kontrahenten unterliegt. ObTr. 10 S. 349, 39 S. 27, 34 S. 39, 75 S. 325, 72 S. 22. StrA. 25 S. 127, 51 S. 242. RG.

2 S. 278, 3 S. 257, 35 S. 226, 29 S. 173. Dabei wurde davon ausgegangen, daß das Prinzip des unmittelbaren Rechtserwerbes des Dritten sich auf das Verhältniß des Stipulanten zu dem Bedachten nicht beziehe, in diesem Verhältniß das Recht des Dritten kein selbständiges, unbedingtes, wenn es auch mit dem Vertrage entstanden sei, der Verfügung des Kontrahenten vielmehr so lange unterliege, bis es durch den Tod des Kontrahenten, den Beitritt des Dritten oder Abtretung definitiv geworden sei. Daneben sollte die konkrete Sachlage entscheiden. Vgl. RG. 2 S. 272, 35 S. 226. ObTr. 10 S. 349, 34 S. 39, 74 S. 248.

Für das BGB. ist die Vorschrift in § 328 Abs. 2 entscheidend, daß in Ermangelung besonderer Bestimmung des Vertrages die Umstände und der Zweck des Vertrages darüber entscheiden sollen, ob das Recht des Dritten sofort, oder unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob die Kontrahenten befugt sein sollen, das Recht ohne Zustimmung des Dritten aufzuheben oder zu ändern. Dazu tritt § 331 Abs. 1, daß der Dritte das Recht im Zweifel erst mit dem Tode des für ihn stipulirenden Kontrahenten erwirbt, wenn die Leistung an ihn nach dessen Tode erfolgen soll. In § 331 Abs. 2 ist die Aufhebung oder Aenderung an den Vorbehalt der Befugniß dazu geknüpft.

Der Beurtheilung des einzelnen Falls ist danach ein weiter Spielraum gelassen. Ist das Recht des Dritten nicht auf den Tod des stipulirenden Kontrahenten abgestellt, sondern eine andere Frist bestimmt, — Zahlung der Abfindung acht Jahre nach dem Vertragsschluß, bei der Großjährigkeit, zwei Jahre nach der Uebergabe, bei der Verheirathung, wenn 30 Jahr alt, — so kommt die zu §§ 158 ff. Bd. 1 S. 232, 233 behandelte Frage in Betracht, ob dies für die Erfüllung oder Bedingung vorliegt. Vgl. StrA. 22 S. 66, ObTr. 58 S. 126, RE. 2 Nr. 223 Erk. b, RG. 8 S. 140, ObTr. 34 S. 39, 74 S. 248.

Auch nach BGB. würde in allen diesen Fällen die gesammte Sachlage, der Zweck des Vertrages, der innere Grund der Berücksichtigung des Dritten zu prüfen sein. Desgleichen würde nach BGB. in dem Falle ObTr. 75 S. 325, wo Großeltern bei Ueberlassung des Guts an den Sohn einer Enkelin einen Theil des Uebernahmepreises als Abfindung auf das Großelternerbtheil überwiesen, die Enkelin bei Lebzeiten der Großeltern gegen den Uebernehmer ohne Erfolg geklagt, die Großeltern sodann die Ueberweisung an sie zurückgenommen und anderweit verfügt hatten, auch die neue Klage gegen den Uebernehmer nach dem Tode der Großeltern zurückgewiesen werden müssen. § 331 Abs. 1. In ObTr. 34 S. 39 hatten Eltern dem Sohne das Gut mit Stipulation einer Abfindung für die Schwester übertragen und bestimmt, daß die Abfindung nach acht Jahren zu zahlen. Die Schwester starb vorher und die Eltern erließen durch Vertrag mit dem Sohne diesem die Zahlung mit Rücksicht darauf, daß er die Schwester bis zu ihrem Tode verpflegt hatte; die Klage des Nachlaßpflegers der Schwester ist abgewiesen, wie sie nach BGB. abzuweisen wäre. Ebenso StrA. 25 S. 217, ObTr. 74 S. 248.

Selbstverständlich ist, daß zu Ungunsten des anderen Kontrahenten der Vertrag durch den Promissar einseitig nie geändert werden kann. Vgl. ObTr. 39 S. 27 zu §§ 759 ff.

11. Lebensversicherung zu Gunsten Dritter. Dafür stellt der § 330 Satz 1 das Prinzip auf, das ebenso wie die Rechtssätze der §§ 331, 332 vor dem Landesrecht gilt, welches nach EG. Art. 75 im Uebrigen unberührt geblieben ist. Für

das Preuß. R. sind danach die §§ 1968 ff., 2089, 2280, 2293 II 8 bestehen geblieben; modifizirt ist § 2152 über die Form durch Art. 5 des Preuß. Ausf.Ges. zum HGB. v. 24. Sept. 1899 (GS. S. 303), wonach Versicherungsverträge, wenn sie Handelsgeschäfte, der schriftlichen Form nicht bedürfen. HGB. § 343, § 1 Abs. 2 Nr. 3.

Der § 2280 II 8 ALR. bestimmt, daß die Zahlung an den geschehen muß, auf dessen Namen die Police lautet; damit ist die Zulässigkeit der Versicherung zu Gunsten eines Dritten mit unmittelbarer Wirkung für denselben anerkannt, und die Anwendung der §§ 74 ff. I 5 ALR. ausgeschlossen. Davon ist auch ObTr. 51 S. 43 (StrA. 55 S. 83) ausgegangen, wo es sich um Lebensversicherung durch den Mann für die Erben mit dem Zusatz: „Frau und Kinder" handelte, die Wittwe nicht die Frau zur Zeit der Versicherungsnahme, sondern eine später geheirathete Frau war. Es wird unmittelbares Recht der Wittwe und Kinder angenommen, bedingt durch den Tod des Mannes und dadurch, daß er den Vertrag bis zu seinem Tode aufrecht erhalten hat. Ebenso RG. 1 S. 188. Davon weicht aber ObTr. 71 S. 1 ganz ab. A hatte sein Leben zu Gunsten seines Schwiegersohnes B versichert, ein Gläubiger des A nach dessen Tode einen Theil der Versicherungssumme mit Arrest belegt und sich überweisen lassen. Das ObTr. ließ die Klage des Gläubigers gegen B, als die Gesellschaft hinterlegte, zu, weil B dem Versicherungsvertrage nicht beigetreten sei, der Vertrag nach dem Tode des A sich als disp. mortis causa charakterisire, vor Deckung der Nachlaßschulden kein Recht gebe, — eine offenbar ganz unhaltbare Konstruktion, RG. 1 S. 188. Ganz anders wieder ObTr. 72 S. 90 bei Lebensversicherung „zahlbar an die Tochter". Bei Versicherung „zu Gunsten der Erben" nahm ObTr. 62 S. 337 an, daß die Versicherungssumme in den Nachlaß falle.

Für das gem. R. wurde nach der Natur des Vertrages ein unmittelbares Recht des Dritten, soweit es gewollt, bei Versicherung *zu Gunsten der Erben* übrigens angenommen, daß die Versicherungssumme in den Nachlaß falle. RG. 16 S. 126, 32 S. 162. Ebenso für C. c. art. 1121, RG. 11 S. 173, 24 S. 337, 29 S. 321.

Nach dem BGB. §§ 328, 330, 331 Abs. 1 ist sicher, daß grundsätzlich für den Dritten ein unmittelbares Recht aus dem Vertrage mit dem Tode des Versicherungsnehmers entsteht, soweit der Vertrag nicht eine andere Annahme begründet, und vorausgesetzt, daß der Vertrag bis zum Tode fortgedauert und der Versicherungsnehmer vorher keine andere Disposition getroffen hat, die ihm der Vertrag nicht untersagt. Ob die Versicherung auf den Todesfall genommen, oder für den Fall des Eintritts eines bestimmten Lebensjahres, macht keinen Unterschied. Gewöhnlich enthält der Vertrag Bestimmung über die Zulässigkeit von Dispositionen, auch über die Form der Disposition, Verpfändung, Vorauszahlungen, Darlehnsaufnahmen. Ges. über die privaten Versicherungsuntern. v. 12. Mai 1901 (RGBl. S. 139) § 9 Nr. 8. Der Vertrag kann auch bestimmen, daß der für den Dritten stipulirende Kontrahent die Person des Dritten einseitig anders bestimmen kann. Dann genügt nach § 332, daß diese Bestimmung in einer letztwilligen Verfügung getroffen wird. Die Natur des Rechts des Dritten als eines Rechts *aus dem Vertrage* wird dadurch nicht geändert; das Recht aus dem Vertrage wird kein Recht aus letztwilliger Verfügung *auf den Nachlaß*. RG. 24 S. 337. Unter Lebenden kann die Bestimmung nur durch Erklärung dem anderen Kontrahenten gegenüber erfolgen, und wenn der Vertrag keinen Vorbehalt enthält, kann die Aenderung der Person des Dritten gemäß § 328 Abs. 2 nur durch beide Kontrahenten erfolgen.

Keine Bestimmung trifft das BGB. über den Fall der Stellung der Lebensversicherung „auf den Inhaber der Police“. RG. 16 S. 126. Auch die Kontroverse über die Bedeutung der Lebensversicherung „zu Gunsten der Erben“ ohne Bezeichnung ihrer Person entscheidet das BGB. nicht. Vgl. RG. 1 S. 188, 11 S. 173, 32 S. 162. StrA. 62 S. 337. Bolze 10 Nr. 515. In letzterem Falle handelte es sich um eine mit Staatszuschuß gegründete Versicherungsgesellschaft für Armee und Marine mit dem Zwecke der Fürsorge für die Hinterbliebenen, so daß die Annahme ausgeschlossen war, daß den Nachlaßgläubigern habe ein Recht auf die Versicherungssumme zustehen sollen. Hinterbliebene sind nicht Erben, sondern die der Fürsorge beraubten Angehörigen, mögen sie Erben sein oder nicht; Versicherung zu ihren Gunsten deshalb mit Versicherung zu Gunsten der Erben nicht zu identifiziren. In anderen Fällen entsteht die Frage, ob mit der Bezeichnung „Erbe“ die Person des „Dritten“ genügend bezeichnet ist und bezeichnet werden sollte, ob der Erbe das Recht aus dem Nachlaß erwirbt, deshalb den Nachlaßgläubigern nachsteht, ob ein Forderungsrecht für die Erben aus dem Nachlaß bestehen kann, obwohl ein Forderungsrecht für den Erblasser, das in seinen Nachlaß fallen könnte, überhaupt nicht entstanden ist oder hat entstehen können. Im Preuß., gem. und französ. R. ist angenommen, daß aus solcher Versicherung der Erbe grundsätzlich nicht als Dritter aus dem Vertrage sondern in seiner Erbeneigenschaft aus dem Nachlaß erwerbe, also den Nachlaßgläubigern nachstehe.

Daß die Lebensversicherung zu Gunsten der Erben nur als Vertrag zu Gunsten der Erben als Dritte aufgefaßt werden könne, weil der Versicherungsnehmer, der zu Gunsten seiner Erben abschließe, etwas Ueberflüssiges thue, wenn er ihr Recht nur als Recht aus der Universalsuccession wolle, das sich von selbst verstehe, Schollmeyer Anm. 1 zu a § 330, ist nicht zuzugeben. Die Lebensversicherung kann sehr wohl gedacht werden und gemeint sein als Mittel zum Erwerb für den Nachlaß und zur Befriedigung der Gläubiger durch Spareinlagen in Form der gezahlten Prämien. Nur kann dies nicht als das regelmäßig Gewollte angesehen werden, sondern es müssen besondere Umstände dafür vorliegen, daß durch die Stipulation für die Erben nicht die Person des Dritten hat bezeichnet werden sollen.

Im Konkurse des Versicherungsnehmers bei dessen Lebzeiten kann der Verwalter die Zahlung der Prämie ablehnen und die Rechte geltend machen, die der Gemeinschuldner nach der Police auf das Aufgeben der Versicherung gegen Rückleistung der Prämien hat. Rechte, die der Gemeinschuldner nicht hat, hat auch der Verwalter nicht. RG. 29 S. 321. Stirbt der Gemeinschuldner während des Konkurses, so kann das Recht des Dritten so wenig in die Masse fallen, wie es in den Nachlaß fällt. Das Rechtsgeschäft der Versicherung zu Gunsten des Dritten kann der Anfechtung wohl nach §§ 30, 31 Nr. 1 Konk.O. unterliegen, aber als Rechtsgeschäft zwischen dem Gemeinschuldner und der Versicherungsgesellschaft; Rechtsgeschäft mit dem Dritten ist es nicht. § 31 Nr. 2 Konk.O. Was der Dritte daraus erwirbt, erwirbt er nicht aus dem Vermögen des Gemeinschuldners, sondern aus dem der Gesellschaft, auch nicht allein mit dessen Mitteln, den Prämien, obwohl diese Verwendungen zu seinen Gunsten sind und doch keine Bereicherung, da sie nicht in sein Vermögen gelangen. Die Versicherung zu Gunsten des Dritten ist eine freigebige Zuwendung an diesen, aber keine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 32 Konk.O. In RG. 14 S. 21, wo der Mann sein Leben zu Gunsten seiner Ehefrau versichert hatte, gestorben war, die Frau die Versicherungssumme erhoben hatte, der

Verwalter im Konkurse über den Nachlaß des Mannes die Versicherungssumme auf Grund § 37 (jetzt § 43) Konf.O. von ihr herausforderte, weil nicht erwiesen, daß sie dieselbe nicht mit Mitteln des Ehemanns erworben, ist die Klage abgewiesen. Nach BGB. würde es nicht anders sein. Ob der § 43 Konf.O. Erwerb von Dritten, nicht vom Ehemann, voraussetzt, wie das RG. annimmt, kann fraglich sein, aber Erwerb mit Mitteln des Ehemanns liegt nicht vor.

12. Ueber Schenkung mit Auflage vgl. zu §§ 525—527, Leibrentenverträge zu §§ 759 ff.

---

4. Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

§ 336. Wird bei der Eingehung eines Vertrags etwas als Draufgabe gegeben, so gilt dies als Zeichen des Abschlusses des Vertrags.

Die Draufgabe gilt im Zweifel nicht als Reugeld.[1–4])

§ 337. Die Draufgabe ist im Zweifel auf die von dem Geber geschuldete Leistung anzurechnen oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Erfüllung des Vertrags zurückzugeben.

Wird der Vertrag wieder aufgehoben, so ist die Draufgabe zurückzugeben.[1–4])

§ 338. Wird die von dem Geber geschuldete Leistung in Folge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich oder verschuldet der Geber die Wiederaufhebung des Vertrags, so ist der Empfänger berechtigt, die Draufgabe zu behalten. Verlangt der Empfänger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die Draufgabe im Zweifel anzurechnen oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Leistung des Schadensersatzes zurückzugeben.[1–4])

§ 339. Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.[6, 7, 8, 9, 10, 11, 18])

§ 340. Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, daß er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.[11, 12, 18])

§ 341. Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung zu, so finden die Vorschriften des § 340 Abs. 2 Anwendung.

Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält.[12, 14, 15])

§ **342.** Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339 bis 341 Anwendung; der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt.[12, 13, 14])

§ **343.** Ist eine verwirkte Strafe unverhältnißmäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurtheilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht blos das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.[16, 17, 18])

Das Gleiche gilt auch außer den Fällen der §§ 339, 342, wenn Jemand eine Strafe für den Fall verspricht, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt.[6, 8])

§ **344.** Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.[8])

§ **345.** Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.[11])

Draufgabe und Vertragsstrafe. §§ 336—345. E. I §§ 417—425; II §§ 288 bis 297; III §§ 330—339. ALR. I 5 §§ 205—225; §§ 292—316. SBGB. §§ 893—896; 1428—1435. C. c. art. 1590, 1715; 1226—1233. W. 2 § 325; §§ 285, 286. D. P. 2 §§ 12, 95, 96. D. Pr. Pr. 2 §§ 17, 39. D. BR. 2 §§ 99—103. Eccius 1 § 81, 107. RE. 1 Nr. 96, Nr. 105—108. Z-Cr. 2 § 290 (310). Ihering, Jahrb.

22 S. 398. Endemann 1 §§ 107, 133. Cosack 1 §§ 93, 94. Crome, System des D. BR. 2 §§ 177, 178. —

I. Draufgabe. 1. Die §§ 336—338 über die Draufgabe (Handgeld, Angeld, Draufgeld, Weinkauf, Gottespfennig) bringen kein neues Recht. Wie im gem. R., ALR. und SBGB., HGB. I Art. 285, der gestrichen und durch die §§ 336ff. ersetzt, stellt § 336 die gesetzliche Vermuthung auf, daß, was als Draufgabe bei Eingehung des Vertrages gegeben (Sache, Recht, Verpflichtung, § 812), als Zeichen des geschlossenen Vertrages gegeben, und nicht als Reugeld, § 359, gemeint, d. h. so, daß der Geber gegen Aufopferung, der Empfänger gegen Rückgabe den Vertrag aufgeben darf. Ebenso vermuthet das Gesetz, § 337, daß die Draufgabe Angeld, d. h. anzurechnen oder zurückzugeben, daraus zieht dann § 337 Abs. 2, § 338 die Konsequenz, daß die Draufgabe zurückzugeben, wenn der Vertrag von dem Kontrahenten wieder aufgehoben wird, daß der Empfänger die Draufgabe behält, wenn der Andere die Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrages oder dessen Auflösung zu vertreten hat, sich aber auch auf den Schadensersatz die Draufgabe anzurechnen oder gegen den Ersatz zurückzugeben hat. Daß die Draufgabe zurückzugeben, wenn der Vertrag, mit dem sie verbunden, von Anfang nicht bestand, weil er nichtig oder anfechtbar oder nicht verbindlich, versteht sich von selbst. Vgl. §§ 812, 818, 819, 817.

2. Es handelt sich danach nur um die arrha confirmatoria, pacto perfecto data. Die arrha poenitentialis ist Ausnahme. Vorausgesetzt ist, daß das Gegebene als Draufgabe gewollt; das hat zu beweisen, wer daraus Rechte herleitet, namentlich auch der Geber, der sie zurückfordert, weil sie Draufgabe. Führt er den Beweis, so ist er des Beweises überhoben, daß der Vertrag zu Stande gekommen, und der Gegner hat zu beweisen, daß der Vertrag nicht zu Stande gekommen. Davon kann regelmäßig nur die Rede sein, wenn Draufgabe bei dem Vertragsschluß gegeben; Hingabe nachher kann dieselbe Bedeutung haben, wird aber regelmäßig nicht als Draufgabe, Angeld im Sinn des § 336, sondern als Angeld im Sinne der Anzahlung gemeint sein und als solche wirken. Anzahlung ist nicht Draufgabe, wenn auch die Draufgabe nach § 337 Abs. 1 im Zweifel als Anzahlung zu behandeln ist. In ObTr. 58 S. 27 (StrA. 67 S. 215) waren bei Abschluß einer Punktation über Gutskauf 500 ausdrücklich in Anrechnung auf das Kaufgeld gezahlt, der definitive Vertragsschluß zerschlug sich, der Verkäufer verkaufte anderweit und wollte die Anzahlung nicht zurückgeben, weil der Käufer den Vertragsschluß vereitelt habe. Darauf würden §§ 336, 338 BGB. ebenso wenig anwendbar sein, wie § 218 I 5 ALR. anwendbar war, weil Draufgabe nicht in Frage stand. StrA. 43 S. 172. Ebenso klar war dies in StrA. 23 S. 243, wo A an B Getreide zur Lieferung an bestimmtem Tage verkauft, 400 Angeld erhalten, dem B aber zugleich einen Wechsel über diese 400 mit der Abrede gegeben, daß B. den Wechsel bei Lieferung in Zahlung geben sollte. Als A nicht lieferte, klagte B aus dem Wechsel und drang durch. Hier konnten die 400 Anzahlung oder Draufgeld sein, die Rückforderung wäre in beiden Fällen begründet gewesen.

3. Die Draufgabe hat ihren Zweck erfüllt, wenn der abgeschlossene Vertrag erfüllt wird, ohne daß es zum Streit über den Abschluß kommt, ihr Zweck fällt fort, wenn sich erweist, daß kein Vertrag vorliegt, weil er nicht rechtsverbindlich, wenn der Vertrag von den Parteien selbst aufgehoben wird, § 337 Abs. 2, oder fortfällt in

Folge nachträglicher Unmöglichkeit, § 275. Deshalb wird die Draufgabe grundsätzlich in diesen Fällen zurückgegeben oder angerechnet, § 337. Daß sie anzurechnen, gilt nur im Zweifel. Die Kontrahenten können das Gegentheil wollen und ausdrücklich oder stillschweigend bestimmen. Das gilt namentlich als üblich vielfach bei dem sog. Weinkauf. Wenn im Pachtvertrage stipulirt ist, daß der Pächter beim Antritt der Pacht 25 als Weinkauf zu entrichten habe, so ist genügend zu erkennen, daß er die 25 neben der Pacht zu entrichten hat und nicht abrechnen darf. Bolze 17 Nr. 342.

Daß der Geber die Draufgabe zur Strafe verliert, wenn er die Unmöglichkeit der Erfüllung zu vertreten oder die Wiederaufhebung des Vertrages verschuldet, z. B. ohne rechtlichen Grund zurücktritt, § 338 Satz 1, ist alten Rechts. Nach § 219 I 5 ALR. mußte der Empfänger sich den Werth auf die ihm etwa noch außerdem zu leistende Entschädigung anrechnen lassen. Dasselbe bestimmt § 338 Satz 2. Der Empfänger kann sich mit der Draufgabe begnügen, auch wenn er nach §§ 280, 283, 325, 326 (§ 323 Abs. 2) Schadensersatz verlangen kann. Verlangt er aber Schadensersatz, so muß er, da er mit dem Ersatz erhält, was er bei Erfüllung des Vertrages gehabt hätte, die Draufgabe zurückgeben oder sich anrechnen lassen. Wenigstens gilt dafür die Vermuthung; es ist möglich, daß der Vertragswille der Kontrahenten dahin zum Ausdruck gelangt ist, daß die Draufgabe neben dem Schadensersatz verloren gehen soll.

Verschuldet der Empfänger der Draufgabe, daß aus dem Vertrage nichts wird, so versteht sich von selbst, daß er die Draufgabe zurückgeben muß, weil er das Empfangene ohne jeden Rechtsgrund besitzt. § 812 Abs. 1, § 815, § 820. Die weiter gehenden Verpflichtungen des Empfängers nach gem. R., SBGB. § 895, C. c. art. 1715 (duplum) hat das BGB. abgelehnt.

Zurückgefordert wird mit der Vertragsklage oder der Bereicherungsklage, §§ 812, 818, 819, weil, was § 216 I 5 ALR. ausdrücklich bestimmte, daß das Eigenthum der Draufgabe auf den Empfänger sofort übergeht, auch nach BGB. anzunehmen ist. Der Vertrag kann natürlich ausdrücklich oder stillschweigend anders bestimmen.

4. Draufgabe als Reugeld behandelt das BGB. nicht näher. Nach § 336 Abs. 2 muß, wer die Reugeldnatur behauptet, dies beweisen, d. h. beweisen, daß gewollt, der Geber solle gegen Verlust, der Empfänger gegen Rückgabe der Draufgabe, die er sonst hätte behalten dürfen, zurücktreten dürfen. ALR. I 5 §§ 212 bis 214; 312—316. Solche Abrede fällt unter die §§ 346 ff. über vertragsmäßigen Vorbehalt des Rücktritts, macht den Vertrag zu einem resolutiv bedingten, begründet für den Berechtigten eine facultas, keine Alternativobligation, hat aber das Besondere, daß sie die Wirkung des Rücktritts ordnet und auf die Draufgabe beschränkt, die als solche keine Vorleistung auf die Vertragsleistung ist, § 336 Abs. 1, sodaß § 346 unanwendbar ist. Der Rücktritt, der vertragsmäßig dem Geber wie dem Empfänger zustehen, bedingt, befristet stipulirt werden kann, ist gemäß § 349 dem Anderen zu erklären. Der § 355 findet ebenso Anwendung wie § 356, aber für § 359, der einen anderen Thatbestand voraussetzt, bleibt kein Raum. Von selbst versteht sich, was ALR. I 5 § 215 ausdrücklich sagte, daß bei auch nur theilweiser Erfüllung oder Annahme theilweiser Erfüllung der Rücktritt fortfällt. Der wirksam erklärte Rücktritt bewirkt, daß der Vertrag rückwärts als nicht geschlossen gilt, § 159, der Geber der Draufgabe, der zurücktritt, sie verliert, der Empfänger zurückgiebt, was er erhalten oder Ersatz dafür leistet.

Mit der Vertragsstrafe hat die Draufgabe als Reugeld nichts zu thun. §§ 339 ff. Die Vertragsstrafe tritt für den Gläubiger als sein Interesse an der Erfüllung an Stelle der Erfüllung oder neben die Erfüllung an die Stelle des Schadensersatzes wegen der mangelhaften Erfüllung, oder an die Stelle des Schadensersatzes. §§ 340, 341, 342. Sie setzt Verzug in schuldiger Erfüllung voraus. Darum handelt es sich bei Reugeld nicht, das die Nichtverpflichtung zur Erfüllung in Folge Rücktritts voraussetzt, und die doppelte Funktion hat, dem zurücktretenden Kontrahenten die Möglichkeit zu gewähren, sich von einer lästigen Verbindlichkeit durch Zahlung des Reugeldes zu befreien und dadurch größeren Nachtheilen zu entgehen, und dem anderen Kontrahenten eine Entschädigung für das Interesse zu gewähren, das er an der Erfüllung des Vertrages hat, auf die er doch nach der Stipulation des Reugeldes nicht rechnen konnte. Deshalb ist § 343 auf dies Reugeld nicht anzuwenden. Vgl. RG. 43 S. 280. RE. 1 unt. Nr. 108 (2. Aufl. S. 512). Es ist ein anderes, wenn die Kontrahenten eines Pachtvertrages sich im Vertrage vorbehalten, binnen 14 Tagen gegen Erlegung einer Konventionalstrafe oder Verlust der Draufgabe von 1000 zurückzutreten (RG. 43 S. 280), als wenn sie verabreden, daß der Verpächter bei nicht rechtzeitiger Uebergabe, der Pächter bei nicht rechtzeitiger Uebernahme oder bei nicht rechtzeitiger Pachtzahlung 1000 zu zahlen hat. Ersteres ist Reugeld trotz der Bezeichnung als Konventionalstrafe, letzteres Vertragsstrafe.

Auch die Stipulirung des Reugeldes setzt wie bei der Draufgabe und der Vertragsstrafe, § 344, einen verbindlichen Vertrag voraus. Im Uebrigen folgt aus der Natur der Draufgabe, die als Reugeld gemeint, einerseits, daß der Geber sie verwirkt, der Empfänger sie erstattet, wenn der Rücktritt willkürlich erfolgt, nicht wenn der andere Theil ihn herbeiführt oder unverschuldet aus dem Vertrage nichts wird, andererseits aber die Verwirkung oder Erstattungspflicht auch für den eintritt, der ohne Rücktritt herbeiführt, daß es zur Erfüllung des Vertrages nicht kommt. § 338. Vgl. darüber zu § 359.

5. Was zum Zeichen des Verlöbnisses gegeben, wird kondizirt, wenn es nicht zur Eheschließung kommt; bei Lösung des Verlöbnisses durch den Tod eines der Verlobten ist im Zweifel die Kondiktion ausgeschlossen. § 1301. Der Verlobungsring kann danach unter den Gesichtspunkt der Draufgabe gebracht werden, obwohl dies der sittlichen und Volksauffassung wenig entspricht. Nicht behandelt das BGB. die arrha pacto imperf. data und die a. constitutoria. Jene ist in SBGB. § 898 als Draufgeld erwähnt, das „in der Erwartung, ein Vertrag werde geschlossen werden, gegeben wird". Sie kann vorkommen, wenn die Kontrahenten sich vorläufig über gewisse Punkte einigen, andere aber dem formellen Abschluß vorbehalten, so daß der Vertrag bis zum formellen Abschluß nicht als perfekt gelten soll. Vgl. Bd. 1 S. 159 zu §§ 125, 154 Abs. 2. Wird dabei Draufgabe gegeben, so wird sie als Bestärkungsmittel gemeint sein, um den Geber zum Festhalten an dem Vertragsentschlusse zu bewegen, und verloren gehen, wenn der Geber den definitiven Vertragsschluß vereitelt. So SBGB. § 898. Was mit der Draufgabe gemeint, wird konkret zu ermitteln sein.

Unter die a. const. fällt das Miethsgeld im Sinn des § 23 der Preuß. Gesinde-O. v. 8. Nov. 1810. EG. Art. 95. Preuß. Ausf.Ges. Art. 14. Geben und Annehmen des Miethsgeldes vertritt die Stelle des schriftlichen Vertrages, d. h. ohne Schrift oder ohne Miethsgeld bindet der Miethsvertrag keinen Theil. ObTr. 80

S. 259. Wenn der Dienstbote sich mit Miethsgeld mehrfach vermiethet, geht die Herrschaft vor, die das Miethsgeld zuerst gegeben hat. Regelmäßig gilt das Miethsgeld zugleich als Angeld, vielfach ist es aber nach der Uebung auch anders.

II. Vertragsstrafe. Konventionalstrafe. §§ 339—345. RE. 1 Nr. 105—108. Düringer und Hachenburg, HGB. Bd. 2 S. 234 ff. zu § 348 HGB.

6. Vertragsstrafe ist nach § 339 wie nach gem. R., ALR., C. c. art. 1226, 1229 die in Geld oder anderer Leistung, § 342, bestehende Strafe, die der Schuldner dem Gläubiger für Nicht- oder nicht gehörige, insbesondere nicht rechtzeitige Erfüllung seiner Verbindlichkeit verspricht, mag die Verbindlichkeit auf Vertrag oder Gesetz beruhen. Sie kann in dem Hauptvertrage oder durch besonderen Vertrag versprochen sein; immer tritt die Abrede der Strafe dem Hauptvertrage oder der Hauptverpflichtung accessorisch hinzu, pact. adjectum. Ihr Hauptzweck ist, das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung oder gehörigen Erfüllung zu fixiren und ihn dadurch des Beweises dieses Interesses zu überheben. Bürgschaft und Pfand haften deshalb auch für die Vertragsstrafe als Theil des Bestandes der Forderung. §§ 767, 1210. Daneben dient sie durch den drohenden Nachtheil der Verstärkung, Sicherung der Hauptobligation, indem sie auf das Gegentheil dessen hinwirkt, was unter Strafe gestellt ist. ObTr. 62 S. 16. RG. 33 S. 219.

Verschieden davon ist der in § 343 Abs. 2 erwähnte in der gemeinrechtlichen Doktrin von der Konventionalstrafe nicht scharf getrennte Fall: eine Strafe wird für den Fall versprochen, daß eine Handlung vorgenommen oder unterlassen wird. Savigny, Oblig. R. 1 S. 272. Vorausgesetzt ist dabei, daß die Vornahme oder Unterlassung der Handlung nicht geschuldet wird, nicht vertragsmäßig übernommen ist, oder eine gesetzliche Verpflichtung dazu nicht besteht. So lag RG. 19 S. 232, wo der Vater bei Veräußerung des Hofes an den Sohn sich eine Strafe von 1000 für den Fall stipulirt, daß der Sohn seiner Frau letztwillig mehr als die Hälfte seines Vermögens hinterlasse. Eine klagbare Verbindlichkeit war damit nicht übernommen, aber die Stipulirung der Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung wurde nach franz. R. zugelassen. Im OHG. 16 S. 397 hatte A bei Verpfändung seines Grundstücks versichert, daß es nicht über 2000 belastet, eine Konventionalstrafe von 100 für den Fall übernommen, daß die Belastung höher. Das OHG. hat solche Abrede als Strafe zur Bestärkung einer Obligation zugelassen unter Bezug auf ALR I 5 § 303; 4 § 124. Der Fall würde nicht unter § 343 Abs. 2 fallen, die Stipulation aber zuzulassen sein.

In solchen Fällen, wie sie § 343 Abs. 2 im Auge hat, ist die Strafe in obligatione, die Leistung, Handlung oder Unterlassung, zu der eine Verpflichtung nicht übernommen, in conditione, während bei der Vertragsstrafe die Strafabrede Nebenabrede ist, neben der die Hauptverpflichtung in obligatione bleibt. Vgl. l. 44 § 5 D. 44, 7; l. 115 § 2 D. 45, 1; l. 49 D. 45, 1. W. 2 § 286 zu Anm. 3. ObTr. 62 S. 16. RE. 1 Nr. 105 Erl. a. Gegenstand eines solchen selbständigen Strafvertrages können Handlungen, Unterlassungen sein, die zum Gegenstand eines Schuldverhältnisses nicht gemacht werden können, weil sie nicht in das Gebiet des Rechtsverkehrs gehören. Vgl. oben zu § 241. Nöthig ist nur, daß die Handlung, Unterlassung zur Bedingung gesetzt werden darf.

Darf die Handlung, Unterlassung nach dem Gesetz oder den guten Sitten nicht gefordert werden, oder verstößt es auch nur gegen die guten Sitten, durch Androhung

einer Strafe einen psychischen Zwang auszuüben, so ist solch Strafvertrag ungültig, ebenso wie wenn eine unmögliche Leistung zur Bedingung der Strafe gesetzt ist. Nach § 2302 z. B. kann Niemand sich verpflichten, ein Testament zu errichten, nicht zu errichten, aufzuheben, nicht aufzuheben. Das kann nach § 344 auch nicht zur Bedingung eines Strafvertrages gemacht werden und nach BGB. würde sehr zu fragen sein, ob zur Bedingung eines Strafvertrages gemacht werden kann, was in dem obigen RG. 19 S. 232 als Bedingung zugelassen ist.

Ist danach der Strafvertrag nicht Abrede einer Vertragsstrafe, so unterwirft ihn § 343 Abs. 2 doch aus gutem Grunde der Einschränkung der Vertragsstrafe in § 343 Abs. 1, und auch § 344 findet nach Wortlaut und Sinn auf den Strafvertrag ebenso Anwendung wie auf die Abrede einer Vertragsstrafe. Wann die Strafe verwirkt, ob die Verwirkung Verschulden voraussetzt, ist nur konkret aus Sinn und Zweck des Vertrages zu finden.

7. Die Vertragsstrafe, mag sie in Geld oder anderer Leistung bestehen, dient nach BGB. wie nach gem. und preuß. Recht stets dem Gläubiger, indem sie entweder als sein Interesse aus dem Vertrage an die Stelle der Erfüllung oder neben die Erfüllung tritt. Unter den Begriff der Vertragsstrafe fällt auch nach BGB. nicht die Konventionalstrafe als Reugeld (Wandelpön), vgl. oben unter 4 und zu § 359, B. 2 § 285 bei Anm. 17, 18, die das Interesse des Schuldners oder beider Theile daran, daß sie an den Vertrag nicht gebunden, darstellt, und ferner nicht die als Resolutivbedingung wirkende kassatorische Klausel, lex commissoria. Von Bedeutung ist der Unterschied für die Frage der Anwendung des § 341 Abs. 2 und § 343.

Bei der Abrede einer Vertragsstrafe bleibt das Schuldverhältniß in Kraft, sobald die Strafe verwirkt ist; die Resolutivbedingung trifft das Gläubigerrecht in seiner Wurzel. StrA. 57 S. 277. ObTr. 32 S. 11 (StrA. 55 S. 205). Wenn ein Darlehn mit sechs Monat Kündigung und der Abrede gegeben, daß der Gläubiger bei prompter Zinszahlung nicht vor drei Jahren kündigen darf, so wirkt nicht prompte Zinszahlung für die Beschränkung des Kündigungsrechts des Gläubigers als Resolutivbedingung und der Schuldner kann sich, nachdem die Beschränkung fortgefallen, nicht auf § 341 Abs. 2 (§ 342) und darauf berufen, daß der Gläubiger die verspätete Zinszahlung und spätere Zinsen vorbehaltslos angenommen. ObTr. 32 S. 11, 67 S. 206, StrA. 57 S. 277, 45 S. 14. Anders bei Fortsetzung von Miethe und Pacht, die resolutiv bedingt an pünktliche Miethszahlung geknüpft ist. Vgl. zu §§ 554, 555. ObTr. 32 S. 365, StrA. 21 S. 164.

Resolutivbedingung, nicht Vertragsstrafe liegt ferner in den Fällen vor, wo der Verfall geliehenen Kapitals oder kreditirter Forderung von pünktlicher Zins- oder Ratenzahlung abhängig gemacht oder stipulirt, daß der Kaufvertrag aufgelöst sein soll, wenn der Kaufpreis nicht in bestimmter Frist oder an bestimmtem dies gezahlt, wenn stipulirt, daß der Holzungsberechtigte sein Recht bei Einschlagen von Eichenholz verlieren soll. Resolutivbedingung nicht Vertragsstrafe ist die Stipulation in Frachtverträgen über Verlust der Fracht bei unpünktlicher Ablieferung; das ist keine Nebenabrede, sondern betrifft den Inhalt des Schuldverhältnisses aus dem Frachtvertrage selbst. ObTr. 19 S. 90. Ebenso verhält es sich bei Abreden, die den Vertragsinhalt durch Erhöhung oder Minderung der Gegenleistung bei Verzug oder sonst, z. B. durch die Stipulation, ändern, daß der Kaufpreis bei unpünktlicher Lieferung sich ermäßigen,

der bedungene Zins steigen soll. Wirkliche Vertragsstrafe lag aber in StrA. 20 S. 179 vor, wo in einem Forstregulativ bestimmt war, daß der Holzungsberechtigte bei poenu quadrupli des Holzwerthes das Holz nur anschlagsmäßig (für Bau, nicht zum Verkauf) verwenden dürfe.

Die Kontroverse des früheren Rechts, ob das Verbot der lex comm. bei Pfand, ALR. I 20 § 33, durch das Ges. v. 14. Nov. 1867 über die Freiheit in Stipulirung von Vertragsstrafen aufgehoben, ObTr. 65 S. 38, RG. 2 S. 333, 4 S. 51, ist durch §§ 1229, 1277 BGB. beseitigt.

8. Ohne eine Hauptverpflichtung, zu welcher die Verpflichtung aus der Strafabrede hinzutritt, um ihre Erfüllung zu sichern oder das Interesse zu fixiren, ist nach BGB. wie nach früherem Recht die Vertragsstrafe nicht denkbar. Nach dem Recht der Hauptverpflichtung ist deshalb grundsätzlich auch die Vertragsstrafe zu beurtheilen. OHG. 16 S. 15. RG. 15 S. 435, 19 S. 25, und regelmäßig wird auch der Erfüllungsort für die Vertragsstrafe der der Hauptverbindlichkeit sein, aber nicht nothwendig. §§ 269, 270. Setzt die Vertragsstrafe eine Hauptverbindlichkeit voraus, so folgt nach jedem Recht von selbst, daß, wo nach dem Gesetz keine Hauptverpflichtung besteht, und wo die Hauptverpflichtung unwirksam, weil sie nach dem Gesetz wirksam nicht übernommen werden konnte, auch die Strafabrede unwirksam ist, ein Anspruch auf Strafe nicht bestehen kann, wo kein Anspruch auf das Interesse besteht, § 344. ALR. I 5 § 310. SBGB. § 1433. C. c. art. 1227. Anders nach röm. R. Vgl. ObTr. 69 S. 184. l. 61, 69, 123, 134 p. D. 45, 1 in Folge der Bedeutung der Stipulationsform. Das BGB. sagt ausdrücklich, daß das Strafversprechen für Nichterfüllung unwirksamen Versprechens der Hauptleistung unwirksam, auch wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Hauptversprechens gekannt haben. Die gemeinrechtliche Kontroverse, ob aus der Kenntniß des Versprechenden von der Ungültigkeit der Hauptverbindlichkeit ein wirksamer Verzicht auf die Geltendmachung der Ungültigkeit und ein bedingtes Zahlungsversprechen zu finden, ist damit abgeschnitten. W. 2 § 286 zu Anm. 2.

Der Rechtssatz des § 344 bezieht sich auch auf die Privatstrafe im Sinne des § 343 Abs. 2; obwohl es eine andere Frage ist, ob man sich wirksam zu einer Leistung (Unterlassen) durch Vertrag verpflichten kann, oder ob man sich wirksam verpflichten kann, unter der Bedingung zu leisten, daß man etwas, was man thun oder unterlassen kann, nicht thue oder thue. Beides kann nur der, der sich überhaupt oder mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters verpflichten kann. Ob der zum Abschluß eines Vertrages Bevollmächtigte den Machtgeber auch einer Vertragsstrafe unterwerfen kann, ist nur konkret zu ermitteln. Es kann nach der Uebung des Verkehrs in der Vollmacht liegen, regelmäßig nicht. ObTr. 80 S. 284. Ob man sich gesetzlich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit verpflichtet hat, hängt außerdem ab von den gesetzlichen Vorschriften über die Form und den möglichen Inhalt eines Schuldverhältnisses. Darum ist das pact. adj. der Vertragsstrafe nach § 344 unwirksam, wenn die Hauptverbindlichkeit nicht besteht, weil sie nicht in der Form des Gesetzes übernommen, §§ 125, 311, 312 Abs. 2, 313, RG. 50 S. 163, ferner, wenn die Hauptverbindlichkeit nicht besteht, weil sie wegen Unbestimmtheit des Gegenstandes ungültig, StrA. 82 S. 184 (Kaufvertrag), StrA. 68 S. 14, Anm. 17 ff. zu §§ 305 ff., oder wegen ursprünglicher Unmöglichkeit, § 306, oder wegen Verstoßes gegen gesetzliches Verbot oder die guten Sitten, §§ 134 ff., Bd. 1 S. 164 ff., überhaupt nicht übernommen werden kann.

Wo ferner das Gesetz die Erfüllung durch Klage nicht erzwingen läßt, wie in §§ 656, 762—764 (Ehemäklerlohn, Spiel, Wette, Differenzgeschäft) kann indirekt auch durch Vertragsstrafe nicht das Interesse an der Erfüllung erzwungen werden. Was von Anfang an nichtig, oder durch Anfechtung nichtig geworden, kann durch Vertragsstrafe nicht gesichert oder erzwungen werden. (Vgl. Entw. I § 424, der gestrichen, weil er zu weit ging.) Wenn § 624 die Kündigung bei Dienstvertrag auf Lebenszeit ausdrücklich zuläßt, weil Niemand sich auf Lebenszeit binden soll, so kann die Kündigung nicht unter Vertragsstrafe gestellt werden, OHG. 18 S. 101, ebenso nicht der Austritt aus Verein oder Gesellschaft (Genossenschaft). § 39 Abs. 1 (§ 40), § 723. Wenn man sich nicht wirksam verpflichten kann, nicht wieder zu heirathen, kann die Wiederverheirathung nicht unter Vertragsstrafe gestellt werden. ObTr. 3 S. 324. In ObTr. 39 S. 23 hatte der Gutsbesitzer in dem Vertrage mit seinem Pächter stipulirt, daß derselbe bei Strafe für jeden Scheffel bei dem Dorfmüller nicht mahlen oder schroten lassen dürfe, ohne eigenen Nutzen, lediglich zum Nachtheil des Müllers, aus Chikane, Haß und Rache. Die Konventionalstrafe ist für unwirksam erklärt, weil die Hauptverbindlichkeit gegen die guten Sitten und §§ 68, 70 I 5, § 6 I 4, § 87 Einl. ALR. verstieß.

Dasselbe würde nach BGB. anzunehmen sein. Konkurrenzverbote können gegen das Gesetz und die guten Sitten verstoßen und auch durch Vertragsstrafe nicht gesichert werden, ebenso Kartelle. ObTr. 11 S. 197. RG. 30 S. 81, 83, 31 S. 97, 33 S. 65, 37 S. 176, 40 S. 97; 20 S. 106. HGB. II §§ 74—76. Nach § 152 Abs. 2 Gewerbe-O. giebt das Gesetz keine Klage und Einrede aus Vereinigungen und Abreden von Gewerbetreibenden der in Abs. 1 bezeichneten Art; Austritt aus solchen Vereinigungen und Verstöße gegen ihre Satzungen können deshalb nicht unter Vertragsstrafe gestellt werden. In allen diesen Fällen muß auch Privatstrafe im Sinne § 343 Abs. 2 unzulässig sein. RG. 50 S. 28, 30.

Nach § 2302 ist ein Vertrag nichtig, durch den die Verpflichtung übernommen wird, eine letztwillige Verfügung zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben. Das Gegentheil kann weder unter Vertragsstrafe, noch unter Privatstrafe gestellt werden. In § 1297 ist die Klage auf Eingehung der Ehe aus dem Verlöbniß versagt, das Versprechen einer Strafe für den Fall der Nichteingehung der Ehe ausdrücklich für nichtig erklärt, um Vertragsstrafe und Privatstrafe klar auszuschließen. Denn darüber könnten nach der Volksanschauung Bedenken entstehen, ob es nicht zulässig, zwar nicht die Verpflichtung zur Eingehung der Ehe zu übernehmen, aber doch dem Verlobten eine Geldleistung als Entschädigung für den Fall der Nichteingehung der Ehe zu versprechen.

Dieser Unterschied tritt auch sonst hervor. Das Recht kann seinen Zwang nicht für verbotene, anstößige, unsittliche Verpflichtungen leihen, auch nicht für Verpflichtungen, die im Rechtsverkehr nicht übernommen zu werden pflegen, weil ihre Erfüllung oder Nichterfüllung Rechte des Vermögens (Eigenthums) oder an Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit der Person nicht berührt. § 823. Vgl. zu § 241. Aber es ist nach § 343 Abs. 2 nicht ausgeschlossen, daß eine Strafe für den Fall versprochen wird, daß man eine solche Handlung vornimmt oder unterläßt, zu der man sich rechtlich nicht verpflichten will oder kann, weil eine Rechtspflicht für sie nicht besteht und nicht übernommen zu werden pflegt, z. B. für rechtzeitiges Erscheinen in Vereinssitzung, im Klub (Dernburg, BR. § 101 Anm. 3), für andere Verfehlungen gegen Satzungen oder Abreden ähnlicher Art. Voraussetzung der

Gültigkeit solcher Strafabreden ist nur immer, daß die Verpflichtung nicht gegen die gute Sitte oder den Anstand im weitesten Sinne verstößt.

In ObTr. 62 S. 16, 75 S. 257 ist § 310 I 5 ALR. auf Fälle angewendet, wo der Ehegatte in G.G. ein g.g. Grundstück verkauft und sich verpflichtet hatte, die Genehmigung des Ehegatten bei Strafe zu beschaffen. Nach § 378 II 1 ALR. durfte der Ehemann in G.G. ohne Zustimmung der Ehefrau ein g.g. Grundstück nicht veräußern, ebenso bedarf er nach § 1445 BGB. der Einwilligung der Ehefrau zur Verfügung über solch Grundstück und zur Eingehung der obligatorischen Verpflichtung zu solcher Verfügung. Klar ist danach, daß der Ehemann durch Vertragsstrafe und Privatstrafe für Nichtbeschaffung der Einwilligung der Frau das g.g. Vermögen nicht verpflichten kann; dasselbe gilt aber auch bei getrennten Gütern hinsichtlich des Eingebrachten. § 1375. Aber daß der Ehemann sich nicht persönlich wie durch Privatstrafe sollte verpflichten können, ist nicht abzusehen. ObTr. 34 S. 61.

Wenn der Mündel durch Vertrag des Vormunds nur unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verpflichtet werden kann, §§ 1821, 1822, kann der Vormund ihn auch zu einer Vertragsstrafe oder Privatstrafe nicht für Nichterfüllung oder Nichtbeschaffung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (Gegenvormunds) verpflichten; das folgt unmittelbar aus § 344.

Daß § 344 nicht paßt, wo nach dem Gesetz an Stelle der Erfüllung der wirksam übernommenen Leistung der Anspruch auf das Interesse tritt, wie z. B. im Falle des Konkurses, ist unbedenklich. Die für den Fall des § 408 I 5 ALR. dadurch entstandene Kontroverse, daß in diesem Falle auf Erfüllung nicht geklagt werden konnte, StrA. 81 S. 311, RG. 29 S. 5, 7, besteht für das BGB. nicht. Vgl. unter 10. Versprechen einer Strafe, für erloschene Forderung, hat keine Bedeutung, wenn in dem Versprechen der Strafe, wie z. B. bei verjährter Forderung, nicht zugleich das wirksame Anerkenntniß der Forderung enthalten. § 222 Abs. 2 Satz 2, § 141 Abs. 2, § 144.

9. Das BGB. behandelt die Vertragsstrafe nur im Falle der Begründung durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner. §§ 305, 339. Einseitiges Versprechen, wie es bei der Auslobung denkbar, §§ 657 ff., kann durch ausdrückliche oder stillschweigende Annahme die Natur der Vertragsabrede erlangen. Vertragsstrafe in letztwilliger Verfügung kann nur unter dem Gesichtspunkte der Auflage oder Bedingung wirken. In HGB. II § 212 Abs. 2, § 218 Abs. 2 ist die Stipulation von Vertragsstrafe für Nicht- oder nicht rechtzeitige Erfüllung durch das Gesellschaftsstatut ausdrücklich zugelassen. Die Stipulation hat als Inhalt des Gesellschaftsvertrages Vertragsnatur, ebenso wie die Festsetzung von Vertragsstrafen in der Verkehrsordnung (Frachtzuschlag). Daß ohne Beschluß der Generalversammlung oder Bestimmung des Statuts in Reglements der Verwaltungsorgane wirksam Strafen festgesetzt werden können, ist nicht anzunehmen.

Daß die Vertragsstrafe auch für einen Dritten versprochen werden kann, ist trotz § 339 nach § 328 nicht zu leugnen, in ALR. I 5 §§ 308, 309 zugelassen mit der Beschränkung, daß der Dritte nie selbständig auf Erlegung der Strafe klagen kann. Es ist auch nicht abzusehen, weshalb der Gläubiger z. B. nicht die Strafe, die er seinem eigenen Gläubiger schuldet, sich für diesen sollte versprechen lassen können. In welchem Sinne die Stipulation zu Gunsten des Dritten gemeint, ist gemäß § 328 Abs. 2 konkret zu finden.

Daß ein Dritter dem Gläubiger Vertragsstrafe für fremde Schuld verspricht, ist so wenig ausgeschlossen wie das Versprechen und die Uebernahme fremder Schuld, constitutum, expromissio, wenn auch § 339 nur von Versprechen der Vertragsstrafe durch den Schuldner handelt. Ist es gestattet, für die Erfüllung fremder Verbindlichkeit so einzustehen, daß man sie schuldet, wenn der Schuldner nicht erfüllt oder nicht erfüllen kann, §§ 765 ff. (Bürgschaft), so kann man auch für das fixirte Interesse des Gläubigers einstehen. Darauf sind nach Grund und Zweck des Gesetzes die §§ 339 ff., insbesondere §§ 343, 344, anzuwenden.

10. Die Vertragsstrafe ist accessorischer Natur, insofern sie mit einer Hauptverpflichtung in Zusammenhang steht, mit dieser steht und fällt. Mit dem Anspruch auf die Hauptleistung wird regelmäßig der Anspruch auf die Vertragsstrafe als mitübertragen zu denken sein, da er dem Hauptanspruch dienen soll.

Daß die verwirkte Strafe einen selbständigen Anspruch bildet, ist nie bezweifelt. Die verwirkte Strafe kann daher einem Anderen als dem Gläubiger abgetreten werden, und geht auf den, dem die Hauptforderung nach der Verwirkung der Strafe abgetreten wird, nicht von selbst über. Kann der Gläubiger die Strafe nur statt der Erfüllung verlangen, § 340 Abs. 1, so führt die Abtretung an einen Dritten in Verbindung mit der Anzeige davon an den Schuldner, § 409, nothwendig dahin, daß der Gläubiger Erfüllung nicht mehr fordern kann. ObTr. 82 S. 11, 38 S. 35, 82 S. 135.

Im Preuß. R. ist die Frage erörtert, ob die Konventionalstrafe vor ihrer Verwirkung cedirt oder die Hauptforderung unter Vorbehalt der Vertragsstrafe cedirt werden kann. In ObTr. 38 S. 35 (StrA. 30 S. 11), RE. 1 Nr. 105 Erk. d, hatte A dem B unter Konventionalstrafe bei nicht rechtzeitiger Rückzahlung ein Darlehn gegeben, die Darlehnsforderung vor Verfall cedirt, den Anspruch auf die Strafe sich vorbehalten, den er geltend machte, als B an den Cessionar nicht zahlte. Das ObTr. hat die Klage abgewiesen, weil die Konventionalstrafe vor der Verwirkung keine selbständige Forderung, sondern ein Nebenrecht sei, das in untrennbarer Beziehung zur Hauptforderung stehe, §§ 292, 301, 307—309 I 5 ALR., deshalb als selbständiges Recht weder cedirt noch vorbehalten werden könne. Beistimmend RG. 15 S. 278, 283 a. E. In ObTr. 54 S. 27 (StrA. 59 S. 238) ist dann in demselben Falle noch weiter gehend angenommen, daß die vorbehaltene Strafe trotz des Vorbehalts auf den Cessionar der Hauptforderung übergehe und nur dieser sich die Strafe durch Vorbehalt bei Annahme der Erfüllung erhalten könne. § 307 I 5.

Für letzteres fehlt es nach BGB. an jedem Anhalt; der Rechtssatz war auch nach ALR. nicht haltbar. Nach BGB. kann auch ein allgemeiner Rechtssatz, daß Abtretung vor der Verwirkung unzulässig, nicht aufgestellt werden. §§ 399, 400. Soweit der Anspruch auf die Vertragsstrafe die Natur einer bedingten zukünftigen Forderung hat, die mit der Verwirkung unbedingt und fällig wird, steht der Abtretung nichts entgegen. Der Cedent der Hauptforderung kann dem Cessionar wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung durch den Schuldner haften und sich zu seiner Sicherung den Anspruch auf die Vertragsstrafe sowohl vorbehalten wie ihn an einen Dritten abtreten. Dasselbe gilt, wo die Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung neben der Erfüllung gefordert werden kann und der Cedent des Hauptanspruchs für die Erfüllung haftet. Nur wo nach § 340 nur Erfüllung oder

Strafe gefordert werden kann, erscheint nach § 399 der Vorbehalt des Anspruchs auf die Vertragsstrafe ohne Rückcession des Anspruchs auf die Erfüllung ebenso inhaltslos und unwirksam wie die Abtretung des Anspruchs auf die Vertragsstrafe an einen Dritten, der die Erfüllung nicht fordern kann.

11. Verwirkung. §§ 339—345. Nach § 339 ist die Strafe, wenn der Schuldner positiv zu leisten hat, verwirkt, sobald er in Verzug kommt, wenn er zu unterlassen hat, mit der Zuwiderhandlung. Soll die Vertragsstrafe, wie regelmäßig der Fall, das Interesse fixiren, ist der Interessenanspruch aber regelmäßig nur gegeben, wenn der Schuldner die Nichtleistung oder die nicht gehörige Leistung zu vertreten hat, §§ 285 ff., so versteht sich von selbst, daß auch die Vertragsstrafe ohne Verschulden des Schuldners nicht besteht, bei objektiver zufälliger Unmöglichkeit oder Verschulden des Berechtigten fortfällt, ebenso, wenn die Forderung vor der Verwirkung durch Verjährung erloschen, daß Strafe für verzögerte Erfüllung wahre mora des Schuldners voraussetzt. Das entspricht dem bisherigen Recht. Vgl. Art. 399 HGB. I, der im HGB. II mit Rücksicht auf § 339 gestrichen. Entw. I § 423 sagte ausdrücklich, daß die Strafe nicht verlangt werden kann, wenn die Hauptverbindlichkeit vor dem Verfall der Strafe erloschen oder die Nichterfüllung von dem Gläubiger verschuldet. OHG. 10 S. 1, 20, 21. RG. 26 S. 86, 93; 33 S. 219. ObTr. 34 S. 65, 71. StrA. 6 S. 174, 7 S. 171, 58 S. 283, 67 S. 220.

Ob Verzug vorliegt, bestimmt sich nach den §§ 284 ff. Die Strafe verfällt nicht, wenn die Nichterfüllung oder die nicht gehörige Erfüllung in Umständen ihren Grund hat, die außerhalb des Schuldners oder seiner Person liegen. SBGB. § 1432. l. 6 § 7 D. 17, 1. l. 65 D. 41, 1. l. 14 § 1. l. 17 D. 47, 2. Darauf beruht auch die Vorschrift in HGB. II § 75 Abs. 1, daß der Prinzipal aus Abreden der in § 74 bezeichneten Art keinen Anspruch herleiten kann, wenn er vertragswidrig gehandelt oder ohne Grund gekündigt hat. Irrthum in Auslegung des Vertrages oder der Strafklausel entschuldigt nicht, die Strafklausel müßte denn so gefaßt sein, daß sie verschiedener Auslegung fähig ist und keinen unzweideutigen Sinn giebt. Bolze 4 Nr. 597, 13 Nr. 338, 20 Nr. 369.

Bezüglich der Beweislast gilt nach § 345 (§ 282) der mit dem bisherigen Rechte übereinstimmende Satz, daß, sobald der Gläubiger die Voraussetzungen des Verzuges, Entstehung und Fälligkeit der Schuld, Mahnung oder dies dargethan, der Schuldner die Erfüllung oder daß er das Ausbleiben der Leistung nicht zu vertreten, zu beweisen hat. Das die Verwirkung beseitigende Moment der Schuldlosigkeit hat der Schuldner als wahre exceptio zu beweisen. OHG. 22 S. 168, 172 (gem. R.); RG. 20 S. 33 (Preuß. R.). Nur wo der Schuldner bei Strafe zu unterlassen hat, die Forderung auf ein Unterlassen geht, wie bei den Konkurrenzverboten oder wie in RG. 35 S. 29, wo der Schuldner sich verpflichtet hatte, seine Waaren nicht unter bestimmten Preisen zu veräußern, hat der Natur der Sache nach der Gläubiger die Zuwiderhandlung als das die Verwirkung herbeiführende Moment zu beweisen, §§ 339, 345, und von einem Beweise der die Verwirkung ausschließenden Schuldlosigkeit ist nur, wie in § 75 Abs. 1 HGB. II, die Rede, wenn der Gläubiger entweder selbst den Vertrag nicht erfüllt und dadurch den Anspruch auf die Ueberlassung verwirkt, oder die Zuwiderhandlung selbst herbeigeführt oder die Zuwiderhandlung aus besonderen Gründen die Natur der freien Handlung und Willensbethätigung nicht hat. Der Gastwirth, der bei Strafe Bier nur von der mit ihm kon-

trahirenden Brauerei verschänken darf, verwirkt die Strafe nicht, wenn die Brauerei unbrauchbares Bier liefert und er deshalb anderes Bier bezieht und verschänkt. Der Miether schuldet die Vertragsstrafe für nicht pünktliche Zahlung der Miethe nicht, wenn der Vermiether nicht gehörig erfüllt hat, §§ 537 ff., auch nicht, wenn er aus dem Miethsvertrage Gegenforderungen hat, mit denen er aufrechnen kann und aufrechnet. Vgl. § 554 Abs. 2.

Dazu tritt, daß die Parteien in allen Fällen die Verwirkung der Strafe von Verschulden oder Nichtverschulden durch Vertragsbestimmung unabhängig machen und der Strafabrede die Natur der Garantieleistung geben können. Noch anders liegt die Sache bei den vertragsmäßig stipulirten Liegegeldern in HGB. I Art. 409, 568 ff., 642 ff., HGB. II §§ 440, 567 ff., 594 ff., Binnenschiffahrtsges. §§ 30 ff., 49 ff., 67 ff., die nicht die Natur der Vertragsstrafe, sondern der Entschädigung für Benutzung des Schiffs über die Löschzeit hinaus haben, OHG. 19 S. 93, deshalb vom Verschulden des Abnehmers des Guts nicht abhängig sind, aber durch Verschulden des Schiffers beseitigt werden können.

Nach den vorstehenden Sätzen war z. B. die Konventionalstrafe für Nichterfüllung nicht verwirkt in StrA. 58 S. 283, weil der Gläubiger in Annahmeverzug war, in StrA. 67 S. 220, wo A sich dem B bei Strafe verpflichtet, gewisse Waaren nur von ihm zu beziehen und zu vertreiben, weil B den Bezug von anderer Seite stillschweigend genehmigt hatte, in OHG. 23 S. 304, wo Konventionalstrafe für unrichtige Deklaration bei Eisenbahnfracht gefordert, die unrichtige Deklaration aber von der Bahnverwaltung selbst verschuldet war, in RG. 33 S. 219, wo Konventionalstrafe für den Fall bedungen war, daß der Schuldner die Prämie der dem Gläubiger verpfändeten Polize nicht rechtzeitig berichtige und die Berichtigung in bestimmter Frist dem Gläubiger nachweise, der Schuldner in Konkurs verfallen, der Konkursverwalter die Versicherung aufgehoben hatte, in Folge dessen die Prämien nicht bezahlt waren. Die Forderung der Strafe wegen Nichtzahlung der Prämie nach Eröffnung des Konkurses hatte hier keinen Sinn, weil der Schuldner Prämie für nicht bestehende Versicherung zu zahlen thatsächlich und rechtlich verhindert war. (Fortfall der Strafe wegen Unmöglichkeit der Leistung.) Die Strafe kann nicht gefordert werden, wenn sie auf die Erfüllung hinwirken soll, die Erfüllung aber unmöglich.

Sonst hindert die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners Verwirkung und Verfall der Strafe und Geltendmachung gegen die Masse insoweit nicht, als in Folge der Konkurseröffnung an die Stelle der Erfüllung das Interesse tritt und die Interesseforderung im Konkurse liquidirt werden darf. StrA. 81 S. 311, RG. 21 S. 5; 26 S. 86, 35 S. 29, 49 S. 189. Das lag in OHG. 22 S. 274 nicht vor, wo zur Deckung des Interesse an rechtzeitiger Zahlung eines Wechsels eine Hypothek verpfändet, der Wechsel erst nach Eröffnung des Konkurses fällig geworden war, das Verzugsinteresse deshalb so wenig wie Verzugszinsen gegen die Masse liquidirt werden konnte, wohl aber gegen die Kaufgeldermasse des Grundstücks, auf welchem die Hypothek eingetragen war. Denn die Konkurseröffnung ist so wenig wie Mangel an Zahlungsmitteln ein Umstand, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, und gegen die Person des Schuldners und nach beendetem Konkurse ist die Strafe immer geltend zu machen. ObTr. 61 S. 446; OHG. 20 S. 72, 22 S. 274. In RG. 35 S. 29, wo der Darlehnsschuldner sich bei Strafe verpflichtet hatte, bis zur Rückzahlung des Darlehns seine Waarenbestände

nicht unter bestimmten Preisen zu verkaufen, in Konkurs verfallen war und der Verwalter im Konkurse die Waaren unter den Preisen verkauft hatte, ist der Anspruch auf die Strafe gegen die Masse und den Verwalter abgewiesen, weil der Verkauf durch den Verwalter überhaupt nicht unter die Strafe fiel.

In OHG. 22 S. 168 ist die Frage behandelt, ob der Schuldner, der für zwei oder mehrere Leistungen zusammen eine Konventionalstrafe versprochen, die ganze Strafe verwirkt, wenn er auch nur eine Leistung schuldbar unterläßt, und ob der Gläubiger den Anspruch auf die ganze Strafe verliert, wenn er auch nur eine der Leistungen hindert. Die Klägerin hatte in dem Falle für ein Bergwerk der Beklagten eine Maschine und drei Fördergestelle zu liefern bei Strafe für jeden Tag nicht rechtzeitiger Lieferung, nicht rechtzeitig geliefert, nach ihrer Behauptung durch Schuld der Beklagten, wogegen die Beklagte behauptete, daß sie, wenn auch die nicht rechtzeitige Lieferung der Gestelle, doch nicht die der Maschine verschuldet. Das OHG. deduzirt, als Regel sei anzunehmen, die Strafe sei im Interesse vollständiger Erfüllung gemeint und deshalb verwirkt, wenn auch nur eine Leistung ausgeblieben, deshalb aber auch verwirkt, auch wenn eine Leistung durch Zufall oder Schuld des Gläubigers ausgeblieben, die andere durch Schuld des Schuldners. Das BGB. hat sich der Entscheidung der Klage mit Recht enthalten, weil Alles auf die konkrete Willensmeinung ankommen wird. Darauf kommt auch das OHG. hinaus, wenn es auf die Prüfung verweist, ob die mehreren Leistungen als eine einzige Leistung aufzufassen, und darüber wieder die Umstände des einzelnen Falls entscheiden läßt. In dem entschiedenen Falle konnte von Erheblichkeit sein, ob die Maschine ohne die Gestelle oder umgekehrt nicht zu gebrauchen; lag die Sache so und hatte die Beklagte verschuldet, daß die Maschine nicht rechtzeitig zu liefern, so konnte sie ohne Arglist die Strafe nicht für nicht rechtzeitige Lieferung der Gestelle fordern, die ihr nichts nutzten. l. 85 § 6 D. 45, 1.

Ebenso hat das BGB. die in C. c. art. 1232, 1233 behandelte Frage unentschieden gelassen, wie es sich mit der Verwirkung der Strafe verhält, wenn an die Stelle des Schuldners oder Gläubigers mehrere Erben treten. W. 2 § 285 Anm. 8. Ein allgemeiner Rechtssatz läßt sich auch dafür nicht aufstellen. Für die Uebernahme einer Vertragsstrafe durch mehrere oder für mehrere gilt nichts Besonderes. Vgl. zu §§ 420 ff., 425, 427, 429 Abs. 3.

12. Verhältniß des Anspruchs auf die Hauptleistung und auf die Strafe. §§ 340, 341, 342. Die Vertragsstrafe soll auf die Erfüllung oder gehörige (rechtzeitige) Erfüllung hinwirken, oder das Interesse aus der Nichterfüllung oder nicht gehörigen (rechtzeitigen) Erfüllung fixiren. In welchem Sinne die Strafe gemeint, namentlich ob sie für die totale Nichterfüllung oder die nicht gehörige Erfüllung oder für beides gewollt, ist Auslegungsfrage. Ist die Strafe für den Fall gewollt, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit ganz oder theilweise nicht erfüllt, und soll sie das Interesse aus der Nichterfüllung fixiren, so ergiebt sich von selbst, daß die Strafe nicht neben dem Interesse gefordert werden kann, da sonst der Gläubiger das Interesse doppelt erhalten würde. Es ergiebt sich auch von selbst, daß nicht Erfüllung in Natur und die Strafe gefordert werden kann, sondern nur Erfüllung oder Strafe. Nach ALR. I 5 §§ 307, 311 konnten darüber Zweifel bestehen. Vgl. SBGB. § 1428.

Nach BGB. hat der Gläubiger grundsätzlich nur den Anspruch auf Erfüllung oder Strafe; § 340 Abs. 1 Satz 1. Verlangt er die Strafe, so fällt der

Anspruch auf Erfüllung fort, § 340 Abs. 1 Satz 2. Verlangt er Erfüllung, so fällt der Anspruch auf die Strafe nicht fort, sondern kann statt der Erfüllung noch geltend gemacht werden, § 340 Abs. 1 Satz 1. Danach ist in obligatione nur die Erfüllung (Hauptleistung) nicht Hauptleistung und Strafe; der Gläubiger hat nur die Befugniß, facultas, an Stelle der Erfüllung die Strafe zu verlangen, und der Anspruch auf die Strafe geht verloren, sobald der Gläubiger durch seine Schuld die Erfüllung nicht mehr fordern kann. Alternative Obligation im Sinne der §§ 262—265 liegt danach nicht vor und von Anwendung des § 264 Abs. 2 kann nie die Rede sein. Hat der Gläubiger theilweise Erfüllung erhalten, so kann er auf den Rest verzichten und die Strafe fordern, wenn nicht anzunehmen, daß die Strafe für diesen Fall nicht gemeint. Frage konkreter Auslegung ist, ob neben der Strafe die theilweise Erfüllung behalten werden darf, oder zurückzugeben ist. Im Zweifel ist letzteres anzunehmen.

Durch den Vertrag der Parteien kann sich alles dies anders gestalten. Die Kontrahenten können die Strafe als Zwangsmittel zur Erfüllung und deshalb Strafe und Erfüllung gewollt haben, wie in dem obigen Falle RG. 33 S. 219, wo die Strafe für die rechtzeitige Zahlung und Beibringung der Quittung keinen anderen Zweck als den der Pression auf den Schuldner haben und den Anspruch auf Erfüllung nicht absorbiren konnte. In dem Falle RG. 49 S. 189 war im Vertrage ausdrücklich bestimmt, daß Strafe und Erfüllung zu fordern. Die Parteien können auch gewollt haben, daß der Schuldner zwar zur Erfüllung verpflichtet sein, aber, wenn er nicht erfüllt, nur die Strafe zahlen, Erfüllung nicht verlangt werden soll. Das ist dann wahre Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners, § 264, nähert sich dem Reurecht, § 359, ist aber doch von demselben dadurch verschieden, daß der Schuldner bis zur Zahlung der Strafe erfüllen kann.

Wo die Hauptverpflichtung auf ein Unterlassen geht, wie z. B. bei den Konkurrenzverboten und im Falle § 74 HGB. II, wird die Strafe durch die Zuwiderhandlung verwirkt und von Erfüllung ist nur zu reden, wenn die Zuwiderhandlung sich wiederholen oder für die Zukunft rückgängig gemacht werden kann. Nach dem Grundsatz in § 340 Abs. 1 kann auch hier nicht beides gefordert werden, aber das Gegentheil kann stipulirt werden und gewollt sein. In § 75 Abs. 2 HGB. II ist bestimmt, daß, wenn eine Strafe für den Fall der Nichterfüllung einer Vereinbarung, durch die der Handlungsgehülfe (Lehrling, § 76) sich Beschränkungen in seiner gewerblichen Thätigkeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses unterwirft, versprochen, der Prinzipal bei Zuwiderhandlung weder Erfüllung, noch Schadensersatz, sondern nur die Strafe verlangen kann, d. h. also mit der Strafe die fortgesetzte Zuwiderhandlung abgefunden sein soll. Das kann auch durch Abrede nicht geändert werden. Hat der Handlungsgehülfe sich verpflichtet, in ein gleiches Geschäft am Ort nicht einzutreten oder solch Geschäft nicht selbst zu errichten, so kann bei Zuwiderhandlung die Strafe, aber nicht Austritt aus dem Geschäft oder Einstellung des Geschäfts gefordert werden.

Zu gleichem Ergebniß ist aus der Würdigung der Sachlage die Praxis schon früher in ähnlichen Fällen gelangt. In RG. 33 S. 141 war ein Geschäft mit der Verpflichtung für den Verkäufer verkauft, ein gleiches Geschäft am Ort nicht zu eröffnen, eine Strafe von 10000 für Zuwiderhandlung stipulirt. Der Kaufpreis betrug 22500 Mk. Hier ist, nachdem der Verkäufer ein Geschäft eröffnet und die Strafe gezahlt, die Klage auf Unterlassung des Geschäftsbetriebes mit

der Erwägung abgewiesen, daß bei der Höhe der Strafe im Verhältniß zum Kaufpreis anzunehmen, durch die Strafe habe das gesammte Interesse des Käufers gedeckt werden sollen. Ebenso RG. 40 S. 97. Bolze 16 Nr. 385, 19 Nr. 494, 495.

13. Schadensersatz und Strafe. § 340 Abs. 2, § 342. Nach BGB. kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Folge des Verzugs allein nicht gefordert werden, es muß hinzutreten, daß die Erfüllung in Folge des Verzugs unmöglich wird oder für den Gläubiger kein Interesse hat oder der Schuldner auch in der Nachfrist nicht erfüllt. §§ 280, 286 Abs. 2, 325, 326. Ist der Anspruch auf Schadensersatz so begründet, so kann der Gläubiger nach § 340 Abs. 2, § 342 stets die Strafe als sein fixirtes Interesse verlangen, ohne verpflichtet zu sein, die Existenz und die Höhe des Schadens darzuthun, und wenn die Strafe in Anderem als Geld besteht, kann er nur die Strafe verlangen oder den Schadensersatz; die Forderung der Strafe schließt den Anspruch auf Schadensersatz aus, nicht umgekehrt. § 342. Sonst kann er, anders als nach ALR. I 5 §§ 293, 294, C. c. art. 1229, neben der Strafe noch das erweisliche höhere Interesse fordern. SBGB. § 1428. HGB. I Art. 284 Abs. 3. Soll der Verkäufer bei Strafe Materialien zu einem Bau liefern, liefert nicht, und verwirkt der Bauunternehmer in Folge dessen eine höhere Strafe an seine Kontrahenten oder erleidet höheren Schaden durch den Verlust des Baues, so kann er die höhere Strafe oder Schaden und entgangenen Gewinn aus dem Verlust des Baues fordern.

Im Falle des § 75 Abs. 2 HGB. II ist der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen, wenn Strafe vereinbart ist. Ist verabredet, daß der Gläubiger im Falle der Nichterfüllung vom Vertrage zurücktreten kann, so kann daneben Vertragsstrafe bedungen werden, obwohl grundsätzlich der Rücktritt vom Vertrage den Vertrag und damit auch den Anspruch aus dem Vertrage auf die Strafe beseitigen muß. So kann bedungen werden, daß der Miether bei nicht pünklicher Zahlung der Miethe auf Verlangen räumen und zugleich Vertragsstrafe zahlen muß, die dann das Interesse des Vermiethers aus der vorzeitigen Auflösung der Miethe darstellt. Vgl. zu § 343 Abs. 1. Nur im § 2 des Ges. betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. Mai 1894 (RGBl. S. 450) ist solche Strafabrede für nichtig erklärt.

14. Ist die Strafe für den Fall gewollt, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht gehörig, mangelhaft, am unrechten Ort, namentlich nicht rechtzeitig erfüllt, so versteht sich nach der Natur der Sache und nach allen Rechten von selbst, daß der Gläubiger die Strafe als sein Interesse an der gehörigen Erfüllung verlangen kann und daneben die Erfüllung selbst, die nachträgliche Leistung bei Verspätung, die mangelfreie Leistung bei mangelhafter Leistung. § 341 Abs. 1. ALR. I 5 §§ 306, 311. SBGB. § 1129. C. c. art. 1229 Abs. 2. Die Nachleistung mangelfreier statt mangelhafter Leistung wird regelmäßig Verspätung der Leistung zur Folge haben, so im Falle des § 633 Abs. 2 (Beseitigung von Mängeln des Werks). Der § 343 Abs. 1 giebt in solchem Falle die Möglichkeit der Korrektur unbilliger Strafe, wenn die Nachholung so schnell erfolgt, daß die Strafe zu hoch erscheint.

Aus der Funktion der Konventionalstrafe, das Interesse zu fixiren, folgerte das ALR. I 5 §§ 293, 294, C. c. art. 1229 gegen SBGB. § 1428 und HGB. I Art. 284 Abs. 3, daß statt oder neben der Strafe nicht das höhere Interesse aus derselben Thatsache gefordert werden könne, z. B. nicht Verzugszinsen für verzögerte

Zahlung und die Strafe für den Verzug. StrA. 4 S. 303, 82 S. 43, 27 S. 23. RG. 9 S. 36, 44, 45. ObTr. 67 S. 321 (StrA. 86 S. 180). Das BGB. weicht davon grundsätzlich auch hier ab. Nach § 341 Abs. 2, § 340 Abs. 2 kann der Gläubiger, wenn er wegen der nicht gehörigen, nicht rechtzeitigen Erfüllung nach §§ 286, 326, 463 (493) Schadensersatz verlangen kann, zwar nicht Strafe und Ersatz, wohl aber außer der Strafe den erweislichen Mehrbetrag des Schadens fordern. Vgl. § 289 Satz 2. Das erleidet aus gutem Grunde eine Ausnahme nur im Falle des § 342. Verlangt der Gläubiger die in Anderem als Geld stipulirte Strafe, so fällt der Anspruch auf Schadensersatz fort, weil ohnedies der Werth der stipulirten Strafleistung ermittelt werden müßte, was zu Weiterungen gegen die Vertragsabsicht führen könnte. Den Schadensersatz statt der Strafe kann der Gläubiger fordern, und es steht nichts entgegen, daß er an Stelle dessen ev. die Strafe fordert, nur umgekehrt nicht.

Führt die nicht gehörige Leistung zur Auflösung des Vertrages, weil die Nachholung der gehörigen Leistung für den Gläubiger kein Interesse hat oder auch in der gestellten Frist nicht nachgeholt wird, §§ 325, 326, so kann der Gläubiger sich gewiß mit der Vertragsstrafe für die nicht gehörige Erfüllung begnügen, die in dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aufgeht, aber nicht diese Strafe und zugleich Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages fordern. OHG. 13 S. 423. RG. 2 S. 26. In letzterem Falle war Holz bis 10. Juli zu liefern, im August ein Theil geliefert und abgenommen, vom Käufer am 26. August erklärt, daß er den Rest nicht nehme, und am 15. Oktober der Rest selbst beschafft. Hier konnte der Käufer die Vertragsstrafe von 15 Mk. für den Tag Verspätung für die Zeit vom 11. Juli bis 15. Oktober nicht fordern, weil nach dem Rücktritt vom Vertrage am 26. August von verspäteter Erfüllung und Strafe dafür bezüglich des Restes nicht mehr die Rede sein konnte. Aber es ist nicht abzusehen, weshalb der Käufer nicht die Strafe für die Zeit vom 11. Juli bis zum Tage der unvollständigen Ablieferung hätte fordern können. Diese war verwirkt und konnte nur durch vorbehaltlose Annahme verloren gehen. So StrA. 46 S. 330, wo bei Strafe von 25 für jeden Tag Verspätung bis 10. September eine Presse zu liefern, erst am 1. Oktober eine unbrauchbare Presse geliefert, der Käufer dann zurückgetreten war. Die bis 1. Oktober verwirkte Strafe ist zugesprochen.

15. Nach § 341 Abs. 3 soll der Gläubiger, wenn er die Erfüllung annimmt, die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält. Der Rechtssatz war im gem. R. streitig, l. 10 D. 13, 4, OHG. 24 S. 55, RG. 9 S. 199, aber im ALR. I 5 § 307, SBGB. § 1429 Satz 2 ausgesprochen und, soweit er bestand, durch Art. 284 HGB. I nicht beseitigt. OHG. 24 S. 272, 16 S. 43. Er hat einen Sinn nur bei wahrer Vertragsstrafe und da, wo die nachträgliche Erfüllung und deren Annahme möglich und ist deshalb in den § 341 gestellt, der von der Vertragsstrafe für nicht gehörige, nicht rechtzeitige Erfüllung handelt. Entw. I § 421. Der Satz enthält eine praesumtio juris et de jure dafür, daß der Gläubiger durch die vorbehaltlose Annahme derjenigen nachträglichen Leistung, durch deren Ausbleiben die Strafe verwirkt, auf die Strafe verzichtet hat; der Nachweis, daß er nicht hat verzichten wollen, ist ausgeschlossen. Vgl. JW. 1895 S. 608 Nr. 65 zu § 307 I 5 ALR. In Entw. I § 421 war die Wirkung der Annahme ohne Vorbehalt für den Fall ausgeschlossen, daß der Gläubiger von dem Anspruch auf die Strafe oder den Eintritt der Voraussetzungen ihrer Verwirkung nicht unter=

richtet war. Dies ist gestrichen, um die praktische Bedeutung der zweckmäßigen Vorschrift nicht in Frage zu stellen. Die Anfechtung der in der Annahme der Erfüllung liegenden Willenserklärung, §§ 116 ff., 130, 142 ff., ist damit aber nicht ausgeschlossen. Der Rechtssatz des § 341 Abs. 3 hat keine solche Natur, daß er durch Abrede der Parteien nicht ausgeschlossen werden könnte. OHG. 11 S. 440 zu § 307 I 5 ALR.

Voraussetzung der Anwendung des § 341 Abs. 3 ist, daß die Erfüllung ausgeblieben, die Strafe verwirkt, nachträglich die Erfüllung als solche angenommen, kein Vorbehalt der Strafe erklärt ist. Diejenige Leistung muß nachträglich als Erfüllung angenommen sein, durch deren Ausbleiben die Strafe verwirkt ist. Davon ist nicht die Rede, wenn nicht die rückständige Leistung nachgeholt, sondern laufende erfüllt und angenommen, die Leistung nicht nachgeholt, sondern fortgesetzt wird. ObTr. 15 S. 264 (rückständiger und laufender Erbpachtkanon). In StrA. 30 S. 258 sollte der Pächter bei unpünktlicher Zahlung der Pacht die Hälfte der bestellten Kaution als Strafe verlieren; er blieb rückständig, zahlte aber nachträglich Rückstand und laufende Pacht, die ohne Vorbehalt angenommen wurde. Hier würde § 341 Abs. 3 ebenso anzuwenden sein, wie § 307 I 5 ALR. angewendet ist. Vgl. auch OHG. 6 S. 145 (Verrechnung ohne Vorbehalt).

In StrA. 67 S. 220 war die Strafe auf An- und Verkauf anderer Waare, als der des Klägers gesetzt, die Strafe durch mehrere Zuwiderhandlungen verwirkt, der Vertrag dann aufgehoben und demnächst auf die Strafe geklagt. Es wurde eingewendet, durch die Auflösung des Vertrages ohne Vorbehalt sei die Strafe verloren, während doch bei Strafe für Zuwiderhandlung von nachträglicher Erfüllung und deren Annahme überhaupt nicht die Rede sein kann. Von Annahme der Erfüllung ist auch nicht zu reden, wenn der Schuldner nicht freiwillig leistet, sondern die Leistung durch Zwangsvollstreckung bewirkt wird, so daß eine Erklärung des Vorbehalts dem Leistenden gegenüber nicht möglich ist. StrA. 91 S. 40 (Strafe bei Nichteintragung einer Hypothek binnen sechs Wochen: der Gläubiger klagt auf Bewilligung der Eintragung und die Eintragung erfolgt in der Zwangsvollstreckung).

Annahme der Erfüllung und Vorbehalt sind Willenserklärungen im Sinne § 130. Wirksam können sie nur von dem Gläubiger gegen den Schuldner und umgekehrt erfolgen oder durch Vertreter, die dazu befugt. In ObTr. 62 S. 10 (StrA. 77 S. 53) war die einer Stadtgemeinde bis zu bestimmtem Tage bei Strafe für jeden Tag Verspätung zu liefernde Gasometerglocke verspätet durch den mit der Abnahme beauftragten Direktor der Gasanstalt ohne Vorbehalt abgenommen und eine Theilzahlung geleistet, gegen die Klage auf den Rest die Strafe zur Aufrechnung gestellt. Hier ist angenommen, daß die Stadtgemeinde dadurch, daß ihr Direktor als ihr Vertreter die Glocke ohne Vorbehalt abgenommen, den Anspruch auf die Strafe verloren habe.

Das wäre auch nach BGB. anzunehmen. Knüpft das Gesetz an die Annahme der Erfüllung durch den Gläubiger die Wirkung des Verlustes der Strafe, wenn der Anspruch nicht vorbehalten, so kommt es nur darauf an, ob Annahme vorliegt; der Satz, daß bei Annahme der Erfüllung durch einen Bevollmächtigten dieser Vollmacht zum Verzicht, Erlaß haben müsse, StrA. 67 S. 220, hat keine Berechtigung. Es fragt sich immer nur, ob Annahme durch einen Dritten Annahme durch den Gläubiger ist. In OHG. 2 S. 283 und RG. 2 S. 26 lag die Sache so, daß auf dem Lagerplatz des Gläubigers an dessen Leute abgeliefert war, ohne daß ersichtlich, daß

diese zur Annahme der Ablieferung als Erfüllung berechtigt. In solchen Fällen muß der Vorbehalt dem Schuldner jedenfalls unverzüglich nach Billigung der Ablieferung erklärt werden. Für die Erklärung des Vorbehalts gilt dasselbe und kommen dieselben Fragen in Betracht. Der Vorbehalt ist dem Schuldner oder seinem Vertreter zu erklären, Erklärung an einen Unbetheiligten wirkt weder für noch gegen, wenn die Erklärung nicht für den Betheiligten bestimmt war und ihm zugegangen ist.

Der Vorbehalt soll bei der Annahme erklärt werden. Jedenfalls kann er erst nach der Verwirkung der Strafe erklärt werden, und ist auf die Strafe einmal geklagt, so kann der Anspruch durch Annahme ohne Vorbehalt nicht mehr verloren gehen, da neben der Klageerhebung die Vermuthung des Gesetzes nicht mehr Platz hat. ObTr. 54 S. 27 (StrA. 59 S. 238). In ObTr. 20 S. 89 waren Schwellen in zwei Raten zu zwei bestimmten Terminen bei Strafe für Versäumung jedes Termins zu liefern. Als nicht geliefert wurde, forderte der Käufer Lieferung und erklärte zugleich, daß er sich die Strafe vorbehalte. Es wurde dann auch geliefert, auf die Strafe geklagt und dagegen eingewendet, daß die Lieferung ohne Vorbehalt angenommen. Das ObTr. hat die Einwendung verworfen, weil wiederholter Vorbehalt nicht nöthig. Das ist gewiß richtig, wo, wie in OHG. 16 S. 144, 147, die nachträgliche Erfüllung (Lieferung und Aufstellung von Maschinen) einen gewissen Zeitraum erfordert und der Vorbehalt im Laufe dieses Zeitraums erklärt wird. Aber der allgemeine Satz des ObTr. ist mit Wortlaut und Sinn des § 341 Abs. 3 BGB. ebenso wenig zu vereinigen wie mit § 307 I 5 ALR. und nimmt der Vorschrift des Gesetzes einen Theil ihrer praktischen wohlthätigen Bedeutung. Sieht das Gesetz in der Annahme der Erfüllung einen stillschweigenden Verzicht auf die verwirkte Strafe, wenn der Vorbehalt nicht bei der Annahme erklärt ist, so kann Vorbehalt vor der Annahme die Wirkung der Annahme ohne Vorbehalt nicht beseitigen.

Die früher kontroverse Frage der Beweislast ist durch die Fassung des § 341 Abs. 3 entschieden. Der Schuldner hat die Annahme der Erfüllung, der Gläubiger den Vorbehalt zu beweisen. Vgl. § 363. Ebenso schon früher ObTr. 62 S. 10 (StrA. 77 S. 53), RG. 29 S. 116, 118, 119, — anders aber RG. in Gruchot 24 S. 417, OHG. 13 S. 14.

In StrA. 20 S. 131, RE. 1 Nr. 105 Erk. c, war die Reparatur eines Kessels bis zu bestimmtem Tage bei Konventionalstrafe übernommen, die spätere Erfüllung ohne Vorbehalt angenommen, die Klage auf die Vertragsstrafe deshalb abgewiesen. Als der Besteller darauf Schadensersatz wegen der verspäteten Leistung forderte, wurde die Klage abgewiesen, weil nach § 293 die Strafe, wenn sie das Interesse fixire, jeden anderen Anspruch ausschließe, mit dem Verlust des Anspruchs auf die Strafe deshalb jeder Anspruch auf das Interesse fortfalle. Daran ist in StrA. 63 S. 74, OHG. 24 S. 272 festgehalten, nur betont, daß nur der Interessenanspruch verloren geht, der durch die Strafe fixirt werden sollte, z. B. nicht der Interessenanspruch wegen Mängel, wenn die Strafe auf die Verzögerung gesetzt. StrA. 83 S. 15. OHG. 14 S. 267. ALR. I 5 § 296.

Für das BGB. gilt dasselbe, wenn vertragsmäßig der Interesseanspruch neben der Strafe ausgeschlossen ist, was zulässig und nicht selten ist. Wo das nicht der Fall, nach § 341 Abs. 2, § 340 Abs. 2 Satz 2 die Strafe nur den Mindestbetrag des Schadens darstellt, neben welchem die Geltendmachung weiteren Schadens nicht ausgeschlossen, läßt sich der Verlust des Anspruchs auf das Interesse

aus dem Verlust des Anspruchs auf die Strafe nur noch im Falle des § 342 herleiten. Der Verlust des Anspruchs auf die Strafe hat für den Schuldner immer den Vortheil, daß der Gläubiger nachzuweisen hat, daß und welcher Schaden entstanden, keinen Anspruch hat, wenn kein Schaden entstanden, während er die Strafe fordern kann, auch wenn kein Schaden entstanden, da er sich durch die Strafabrede auch gegen nur mögliche Nachtheile deckt. § 343 Abs. 1 Satz 2.

Daneben bleibt aber die Möglichkeit bestehen, daß nach der konkreten Sachlage die vorbehaltlose Annahme der nachträglichen Erfüllung den stillschweigenden Verzicht auf jeden Interessenanspruch, nicht bloß auf die Strafe, enthält. Wenn der Zeichner von Aktien sich bei Strafe verpflichtet hat, die Einzahlung in vier Raten pünktlich zu leisten, die drei letzten Raten nicht zahlt, die Aktiengesellschaft dann die gezeichneten Aktien unter Verrechnung der Raten auf den Kaufpreis ihm abkauft, OHG. 6 S. 145, wird anzunehmen sein, daß damit jeder Anspruch aus der Nichtzahlung der Raten erledigt sein soll, nicht bloß die Strafe, ebenso wenn der Pächter bei Nichtzahlung einer Pachtrate räumen und einen Theil seiner Kaution verlieren soll, trotz Nichtzahlung einer Rate aber die rückständige Pachtrate ohne Vorbehalt angenommen, und die Pacht fortgesetzt wird. StrA. 30 S. 258. Nach Beendigung der Pacht kann nicht nachträglich Schadensersatz wegen nicht pünktlicher Zahlung der einen Rate gefordert werden.

16. Beschränkung der Strafe. § 343. HGB. II § 348 (351), § 75 Abs. 2 Satz 2. — Im Anschluß an den Satz des röm. R., daß die Interesseforderung über das duplum des Werths der Schuld nicht hinausgehen dürfe, bestimmte ALR. I 5 §§ 301 ff., 11 §§ 825, 826, daß die Konventionalstrafe vom Richter auf den doppelten Betrag des schätzbaren und wirklich auszumittelnden Interesse zu ermäßigen, wenn sie diesen Betrag übersteige, was der Schuldner zu beweisen hatte, daß Zinsen von der Strafe oder Strafe für Nichtentrichtung der Strafe nicht bedungen werden dürfen, daß bei Darlehn Konventionalstrafe statt der Zinsen und Konventionalstrafe und Zinsen das Maß der gesetzlichen Zinsen nicht übersteigen dürfen, — alles dies, „um die offenbare Unbill nnd versteckte usurariam pravitatem nicht zu dulden, die vorliege, wenn die Strafe in keinem Verhältniß zum Interesse stehe“ (Suarez).

Durch das BGes. v. 14. Nov. 1867 wurde die Beschränkung der Strafe auf das duplum des Interesse in ALR. I 5 § 301 ebenso wenig allgemein beseitigt, wie durch Art. 284 Abs. 1 HGB. I. Die Beseitigung bezog sich nur auf Strafen für Nichtzahlung kreditirter Forderungen, nicht z. B. auf den Fall, wo der Vermiether bei Nichtzahlung der Miethe Räumung und Zahlung der Miethe für die Dauer des aufgehobenen Vertrages sich ausbedungen. ObTr. 63 S. 60. Im § 1430 SBGB. war vorgeschrieben, daß die Strafe wegen Verzugs in Zahlung einer Geldschuld den Betrag der erlaubten Zinsen von der Fälligkeit bis zur Zahlung der Schuld nicht übersteigen dürfe.

Der C. c. art. 1231 ließ zuerst die Ermäßigung der Strafe durch den Richter zu, wenn sie auf die Nichterfüllung gesetzt und die Erfüllung theilweise erfolgt war. RG. 25 S. 349.

Der Art. 284 Abs. 1 HGB. I beseitigte jede Beschränkung der Konventionalstrafe in Ansehung des Betrages für Handelsgeschäfte. Dagegen ließ das RGes. betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. Mai 1894 im § 4 wiederum die Herabsetzung einer wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtungen vom Käufer verwirkten Vertragsstrafe

durch den Richter auf Antrag zu, wenn sie unverhältnißmäßig hoch, während es in § 2 zugleich, wie bereits erwähnt, Vertragsstrafe neben Rücktrittsrecht ausschloß.

Das BGB. schließt diese Entwicklung durch die Vorschrift in § 343 ab. Jede Strafe, die Vertragsstrafe im eigentlichen Sinne wie die Privatstrafe im obigen Sinne, kann auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden, wenn sie unverhältnißmäßig hoch ist. Der Antrag setzt nach Satz 1 Abs. 1 voraus, daß die Strafe verwirkt ist. Vor der Verwirkung kann nicht auf Herabsetzung geklagt werden, etwa um zu sehen, zu welchem Preise die Handlung oder Unterlassung, die unter Strafe steht, riskirt werden kann. Die Strafe kann nur herabgesetzt werden; es muß sich immer um Strafe handeln, deren Betrag (Quantum) herabgesetzt werden kann, mag es sich um Strafe in Geld oder in anderer Leistung handeln. § 342. Nicht zugelassen ist, daß das Urtheil an die Stelle der Strafe, die nach ihrer Natur nicht herabgesetzt werden kann, weil sie in einer untheilbaren Sache besteht, eine andere Strafe setzt. In solchen Fällen kann die Strafe nur ganz beseitigt werden, und das ist nur statthaft, wenn die Strafabrede gegen § 138 verstößt, d. h. der Art ist, daß sie an sich oder dem Gegenstande nach als den guten Sitten zuwiderlaufend erscheint, indem sie den Schuldner wucherisch ausbeutet.

So kann die Sache in dem oben erwähnten Falle ObTr. 63 S. 60 aufgefaßt werden, wo der Vermiether sich ausbedungen, daß bei nicht pünktlicher Zahlung der Miethe der Vertrag aufgehoben, der Miether verpflichtet zu räumen und die volle Miethe für die ganze Vertragszeit zu zahlen, auch wenn die Wohnung anderweit vermiethet. In dem entschiedenen Falle war der Miether nicht eingezogen, die Wohnung nach 6 Wochen zu gleichem Preise vermiethet. Das ObTr. hat hier auf Grund des § 301 I 5 ALR. dem Vermiether nur das Doppelte der Miethe auf 6 Wochen zugesprochen. Nach BGB. würde gewiß § 343 anzuwenden sein, wenn nicht anzunehmen, daß die ganze Strafstipulation zu streichen, weil sie wucherischer Natur.

Die Herabsetzung der Strafe erfolgt durch den Richter im Urtheil auf Antrag des Schuldners, d. h. entweder auf seine Klage oder auf seine Einrede gegen die Klage auf Zahlung der Strafe. Die Klage (Widerklage) ist keine Feststellungsklage, auch keine Klage auf Beseitigung der Strafabrede, — davon kann nur im Falle des § 138 die Rede sein, — sondern Klage auf theilweise Beseitigung der eingetretenen Strafverwirkung, die der Richter auf Grund der ihm durch das Gesetz ertheilten, durch Vertragsabrede nicht zu beseitigenden Ermächtigung selbständig ausspricht, natürlich nur so lange die Strafe noch nicht rechtskräftig zugesprochen.

Nach der Entrichtung der Strafe kann sie nicht mehr herabgesetzt werden. Abs. 1 Satz 3. Ebenso § 4 Abs. 1 Satz 2 des Ges. v. 16. Mai 1894. Durch Entrichtung wird gültige klagbare Schuld getilgt, wenn nicht § 138 vorliegt; die condictio ist deshalb ausgeschlossen, es müßte denn die Rückforderung vorbehalten sein, was, wenn Entrichtung unter Vorbehalt angenommen, statthaft. Entrichtung ist jedes Erfüllungsgeschäft nach der Verwirkung, aber nicht Anerkenntniß, Schuldversprechen, Wechselschrift, auch nicht zwangsweise Beitreibung auf Grund vollstreckbarer Urkunde oder vorläufig vollstreckbaren Urtheils. Hat der Pächter sich zur pünktlichen Zahlung der Pacht bei Vermeidung des Verlustes seiner Kaution verpflichtet, so steht die Retention der Kaution durch den Verpächter der Entrichtung

nicht gleich. StrA. 30 S. 258. Ist die Strafe theilweise entrichtet, so ist die Herabsetzung der Strafe um den Rest oder weniger immer noch zulässig.

Der § 343 eröffnet dem Richter einen weiten Spielraum, ob herabzusetzen und wie der angemessene Betrag zu finden. Satz 2 Abs. 1 giebt nur die allgemeine Anweisung, daß bei der Beurtheilung der Angemessenheit jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, zu berücksichtigen. Der Bauunternehmer, der sich seinem Kontrahenten gegenüber zur pünktlichen Vollendung und zu gutem Material verpflichtet hat, hat möglicherweise kein oder kein erhebliches Geldinteresse daran, daß sein Lieferant pünktlich und gut liefert, weil der Bauherr keine Strafe bedungen oder die Strafe nicht fordert oder auf das Material oder künstlerische Arbeit kein Gewicht legt. Aber der Geschäftsruf des Unternehmers kann es ihm außerordentlich werthvoll machen, daß sein Lieferant ihn in den Stand setzt, pünktlich und gut zu liefern. Vgl. RG. 47 S. 308. Der Antrag des § 343 kann deshalb niemals darauf allein gestützt werden, daß der Gläubiger keinen Schaden erlitten. Andrerseits ist der Richter aber auch durchaus befugt, in Betracht zu ziehen, wie hoch der drohende Nachtheil in Wirklichkeit geworden, gegen den die Strafe hat sichern sollen.

Der § 343 würde einen erheblichen Theil seines wohlthätigen Zweckes verfehlen, wenn der Richter bei der Prüfung, ob der Betrag der Strafe angemessen, nur auf die Zeit der Strafabrede oder der Verwirkung, nicht auch auf die weitere Entwicklung der Sache sehen wollte. Der Vermiether, der sich bei unpünktlicher Miethszahlung und vorzeitiger Räumung die Miethe auf ein Jahr als Strafe versprechen läßt, kann durchaus gerechtfertigt sein, weil vorauszusehen war, daß die Wiedervermiethung nach vorzeitiger Räumung schwierig. Und doch kann der Richter die Strafe herabsetzen, wenn sich wider Erwarten ergiebt, daß die Räume sofort einen Miether finden, und die Strafstipulation kann geradezu unsittlich sein, wenn sie die Miethe auf eine Vertragsdauer von zehn Jahren als Strafe bedingt, auch wenn die Miethe nicht angetreten oder im ersten Jahre beendet, und die Verhältnisse so sind, daß der Vermiether jederzeit wieder vermiethen kann.

Wer Darlehn zu bestimmtem Tage versprochen, kann erhebliches Interesse haben, daß ihm das flüssig gemachte Geld rechtzeitig abgenommen wird, und eine erhebliche Vertragsstrafe kann gerechtfertigt sein für nicht rechtzeitige Abnahme. Aber der Richter kann wohl Anlaß finden, die Strafe herabzusetzen, wenn der Gläubiger unerwartet das Geld sofort und günstiger anzulegen im Stande ist. Ebenso kann die Sache liegen, wenn die volle Strafe für totale und für partielle Nichterfüllung, und wenn sie voll neben der Erfüllung, oder voll für Nichterfüllung und nicht rechtzeitige Erfüllung versprochen ist. Der Darlehnsgläubiger kann ein erhebliches Interesse haben, die Zinsen pünktlich zu erhalten, und es ist nicht mehr zweifelhaft, daß dies Interesse durch Vertragsstrafe fixirt werden kann, was ObTr. 76 S. 99 nach ALR. ohne Grund verneint hat. Aber die Herabsetzung der Strafe wird sich rechtfertigen, wenn die Verspätung der Zinszahlung geringfügig, Zins und Strafe in keinem Verhältniß stehen.

Unverhältnißmäßig hoch ist die Strafe stets, wenn ihr Betrag in keinem Verhältniß zu dem steht, was sie bezweckt, dem Interesse, das sie decken soll, dem Zwang, den sie üben soll; selbst die Vermögensverhältnisse des Schuldners können dabei in Betracht kommen; ruinöse Strafen will das Gesetz nicht, nur angemessene. Das Bedingen ruinöser Strafen kann der Vereinbarung der Strafe, wenn dieser Charakter der

Strafe dem Gläubiger bewußt, erkennbar, den Stempel der Unsittlichkeit aufdrücken und sie nichtig machen.

Sache des Schuldners ist es, die Umstände darzulegen, die die Herabsetzung begründen sollen. Läßt der Sachverhalt den unsittlichen Charakter der Strafe erkennen, so hat der Richter die Nichtigkeit von Amtswegen auszusprechen.

17. Der § 343 findet nach §§ 348, 351 HGB. II keine Anwendung auf Strafen, die ein Vollkaufmann, § 4 HGB. II, im Betriebe seines Handelsgewerbes, verspricht. Der § 138 BGB. bleibt auch bei Kaufleuten anwendbar. Die Strafe muß von dem Kaufmann versprochen sein, d. h. er muß Kaufmann zur Zeit der Strafvereinbarung sein, und er muß die Strafe im Betriebe seines Handelsgewerbes als Kaufmann versprechen. Das ist nicht anders verständlich, als daß die Hauptverbindlichkeit für ihn ein Handelsgeschäft ist. Davon ist in Abs. 2 § 343 nie die Rede.

In § 75 Abs. 2 Satz 2, § 76 ist ausdrücklich gesagt, was sich von selbst verstehen würde, daß auf die von einem Handlungsgehülfen (Lehrling) versprochene Strafe der § 343 BGB. Anwendung findet.

18. Oertliche und zeitliche Anwendung. **a.** Aus der accessorischen Natur der Draufgabe und der eigentlichen Vertragsstrafe folgt, daß sie nach dem Recht zu beurtheilen, dem das Hauptschuldverhältniß unterliegt, soweit nicht § 138 BGB., Art. 30 EG. eine Ausnahme begründet. Kann der inländische Schuldner durch Vertrag mit dem Gläubiger die Anwendung des § 343 nicht ausschließen, so versteht sich dasselbe auch für Vertrag mit ausländischem Gläubiger, mag er im Auslande oder Inlande geschlossen oder zu erfüllen sein, sobald der inländische Richter aus solchem Vertrage vom Gläubiger angegangen wird. Behufs Herabsetzung der Strafe allein kann der sonst nicht zuständige inländische Richter nicht angegangen werden.

b. Zeitlich gelten die §§ 336—345 nach Art. 170 EG. grundsätzlich nur für die am 1. Januar 1900 und später getroffenen Strafvereinbarungen und gegebenen Draufgaben. Für frühere Strafabreden namentlich gilt das frühere Recht besonders insoweit, als es sich um den Inhalt der Abrede, ihre Wirkung, ihr Verhältniß zu dem Hauptschuldverhältniß handelt. In Betracht kommen dabei namentlich die §§ 340, 341, 342; die §§ 344, 345 sind kein neues Recht. Die Frage der Verbindlichkeit der Abrede aus dem Gesichtspunkte der guten Sitten ist lediglich nach § 138 zu beurtheilen, der zwingendes Recht bildet. Dafür kommt es darauf nicht an, ob die Strafe vor oder nach dem 1. Januar 1900 verabredet oder verwirkt ist.

Bedenken können in Bezug auf § 343 entstehen und die Frage ist kontrovers. Vgl. Habicht S. 238 und RG. 42 S. 93, 43 S. 23, 44 S. 59, 48 S. 129 zu HGB. II §§ 74, 75. Aus Art. 170 ist zu folgern, daß die vor dem 1. Januar 1900 verwirkte Strafe der Herabsetzung nur soweit unterliegt, als solche nach früherem Recht zulässig war. Die nicht herabsetzbare Strafe ist als mit dieser Qualifikation erworbenes Recht anzusehen, das durch das neue Recht nicht berührt wird, es müßte denn gegen § 138 Abs. 1 verstoßen. Dagegen ist der § 343 auf nach dem 1. Januar 1900 verwirkte Strafen sowohl nach dem Wortlaut des § 343 wie nach der Bedeutung des Rechtssatzes zu beziehen, ohne Unterschied, ob die Strafvereinbarung vor oder nach dem 1. Januar 1900 getroffen ist. Aus § 343 kann soviel entnommen werden, daß jede unter seiner Herrschaft verwirkte Strafe der Herabsetzung unterliegen

soll. Ist vor dem 1. Januar 1900 die Strafe noch nicht verwirkt, so handelt es sich immer nur noch um eine Erwartung und es ist zulässig, daß das Gesetz die Bedeutung der Thatsache der Verwirkung seiner Herrschaft unterwirft. Daß es das auch gewollt, kann aus der theils ethischen, theils sozialpolitischen und wirthschaftlichen, der Disposition der Parteien entzogenen Natur des Rechtssatzes gefolgert werden.

Dagegen kann § 348 HGB. II nur auf die unter seiner Herrschaft versprochenen Vertragsstrafen bezogen werden, da nach der Natur dieser Vorschrift jeder Anlaß fehlt, von dem Satz des Art. 170 EG. abzuweichen.

---

5. Titel. Rücktritt.

§ 346. Hat sich in einem Vertrag ein Theil den Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Für geleistete Dienste sowie für die Ueberlassung der Benutzung einer Sache ist der Werth zu vergüten oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten. [1—5, 7])

§ 347. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich im Falle des Rücktritts von dem Empfange der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs an gelten. Das Gleiche gilt von dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen. Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen. [1—5, 7])

§ 348. Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu erfüllen. Die Vorschriften der §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung. [7])

§ 349. Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile. [4])

§ 350. Der Rücktritt wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist. [5])

§ 351. Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat. Der Untergang eines erheblichen Theiles steht einer wesentlichen Verschlechterung des Gegenstandes, das von dem Berechtigten nach § 278 zu vertretende Verschulden eines Anderen steht dem eigenen Verschulden des Berechtigten gleich. [6, 7])

§ 352. Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat. [6, 7])

§ 353. Hat der Berechtigte den empfangenen Gegenstand oder einen erheblichen Theil des Gegenstandes veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn bei demjenigen, welcher den Gegenstand in Folge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten sind.

Einer Verfügung des Berechtigten steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt. [6, 7])

§ 354. Kommt der Berechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Theiles des Gegenstandes in Verzug, so kann ihm der andere Theil eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Der Rücktritt wird unwirksam, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablaufe der Frist erfolgt. [7])

§ 355. Ist für die Ausübung des Rücktrittsrechts eine Frist nicht vereinbart, so kann dem Berechtigten von dem anderen Theile für die Ausübung eine angemessene Frist bestimmt werden. Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablaufe der Frist erklärt wird. [4])

§ 356. Sind bei einem Vertrag auf der einen oder der anderen Seite Mehrere betheiligt, so kann das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden. Erlischt das Rücktrittsrecht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen. [4])

§ 357. Hat sich der eine Theil den Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der andere Theil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn der andere Theil sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach dem Rücktritte die Aufrechnung erklärt. [8])

§ 358. Hat sich der eine Theil den Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der andere Theil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, und bestreitet dieser die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts, weil er erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht. [8])

§ 359. Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes vorbehalten, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird und der andere Theil aus diesem Grunde die Erklärung unverzüglich zurückweist. Die Erklärung ist jedoch wirksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird. [9])

§ 360. Ist ein Vertrag mit dem Vorbehalte geschlossen, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Gläubiger bei dem Eintritte dieses Falles zum Rücktritte von dem Vertrage berechtigt. [8])

§ 361. Ist in einem gegenseitigen Vertrage vereinbart, daß die Leistung des einen Theiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder

innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der andere Theil zum Rücktritte berechtigt sein soll, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt.[10])

Rücktritt. §§ 346—361. E. I §§ 426—436; II §§ 298—309; III §§ 339 bis 351. SBGB. §§ 1436—1440. C. c. art. 1184 (1610, 1654). W. 2 § 323. D. BR. 2 §§ 107—111. Crome, BR. 2 § 174. Cosack 1 § 112. Endemann 1 § 148.

1. Das BGB. stellt in den §§ 346 ff. allgemeine Rechtssätze für den vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktritt auf. Diese Sätze haben eine weiter gehende Bedeutung dadurch, daß sie auf die Fälle gesetzlichen Rücktrittsrechts Anwendung finden nach § 280 Abs. 2, § 283 Abs. 2, § 286 Abs. 2, § 327 (§§ 440, 445, 515, 651), ferner mit Modifikation für die Wandelung bei Kauf, Tausch, anderen entgeltlichen Verträgen, §§ 467, 487 Abs. 2, 493, 515, bei Werkvertrag, §§ 634, 636, 651. Beschränkte Anwendung finden sie auch nach § 527 bei Schenkung mit Auflage und dem pact. reserv. dominii in § 455. Nach § 37 des Ges. über das Verlagsrecht v. 19. Juni 1901 (RGBl. S. 217) finden die §§ 346—356 auch auf das in den §§ 17, 30, 35, 36 das. bestimmte gesetzliche Rücktrittsrecht mit der Einschränkung Anwendung, daß die Rückgewähr nur nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung, nicht nach § 346 erfolgt, sobald der Rücktritt auf Grund eines Umstandes erfolgt, den der andere Theil nicht zu vertreten hat.

In den §§ 1—3 des RGes. betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. Mai 1894 (RGBl. S. 450) ist die Wirkung des für den Fall der Nichterfüllung Seitens des Käufers vorbehaltenen Rücktritts unter Ausschluß entgegenstehender Vereinbarungen (namentlich eines Reugeldes) besonders geregelt. Dem Vorbehalt wird der Fall gleich behandelt, wenn der Verkäufer wegen Nichterfüllung durch den Käufer die Auflösung des Vertrages kraft Gesetzes verlangen kann. Diese Vorschriften sind nach EG. Art. 32 unberührt geblieben. Vgl. zu §§ 433 ff.

2. Weder die Quellen des gem. R., noch das ALR. geben allgemeine Regeln für den vertragsmäßigen Vorbehalt des Rücktritts. Der Vorbehalt des Rücktritts wird bei den einzelnen Fällen behandelt, in denen er als Nebenvertrag, namentlich beim Kauf, vorkommt. pactum displicentiae, in diem addictio, lex commissoria. D. 18, 2, 3. ALR. I 11 §§ 261, 262, 266, 272 ff. (Vorbehalt eines besseren Käufers), §§ 331, 332 (Reukauf). RE. 2 Nr. 201. Auch der C. c. enthält keine allgemeine

Vorschrift für den vertragsmäßigen Rücktritt neben dem art. 1184 (1610, 1654) über die lex comm. tacita, bei der es zur Auflösung des Vertrages der Klage auf Auflösung bedarf, der Richter befugt, eine Frist zur nachträglichen Erfüllung zu gewähren, im Falle der Auflösung die Wirkung so eintritt, als wenn die Resolutivbedingung eingetreten. OHG 13 S. 3.

Das SBGB. behandelt in den §§ 1436—1440 die Verwirkungsklausel, in den §§ 1107—1110 den Reukauf, in den §§ 1111—1117 den Vorbehalt eines besseren Gebots bei Kauf und anderen Verträgen, § 1440, in § 897 das Reugeld (Reubuße), in § 865 das Fixgeschäft im Sinne des § 361 BGB.

3. Das BGB. normirt in den §§ 346—356 den Inhalt des Vorbehalts des Rücktritts und seine Wirkung, wenn der Rücktritt erfolgt, für alle Fälle des Vorbehalts, der durch den Vertrag unbedingt oder bedingt gestattet, von Voraussetzungen abhängig gemacht, auf einen gewissen Fall beschränkt sein kann. Unbedingter Vorbehalt kommt namentlich beim Kauf für Verkäufer und Käufer in der Form des Reukaufs, als pact. displicentiae, aber auch bei anderen Verträgen vor. Vgl. Bd. 1 S. 232. ALR. I 11 § 331. SBGB. §§ 1107 ff. Das ALR. verlangte dafür Stipulirung einer „gewissen" Zeit, in der das Abgehen gestattet sein sollte. l. 3 D. 18, 2; l. 31 § 22 D. 22, 1. Das fällt nach § 355 für das BGB. fort. In StrA. 37 S. 321 war für bestimmten Preis mit sechs Monat Ziel und der Abrede verkauft, daß der Käufer befugt sein sollte, zu Disposition zu stellen, was ihm nicht gefalle. Hier wurde die Fristsetzung für den Rücktritt in der Kreditfrist gefunden, was auch für das BGB. zu acceptiren ist. Der Kauf auf Probe (Besicht), §§ 495, 496, HGB. I Art. 339, fällt nicht unter das p. displ., wenn er der Regel entsprechend als Kauf unter aufschiebender Bedingung gemeint ist, so daß der Käufer vor der Billigung an den Kauf nicht gebunden, nur zur Erklärung über die Billigung verbunden ist; von Rücktritt im Sinne der §§ 346 ff. ist dabei nicht zu reden. Ist der Kauf auf Probe nicht unter aufschiebender Bedingung geschlossen, was möglich, so kann Kauf unter auflösender Bedingung oder unter Vorbehalt des Rücktritts gemeint sein, wie in dem obigen Falle StrA. 37 S. 321 und in OHG. 14 S. 204. Vgl. das Nähere zu §§ 494—496. Den Beweis des Vorbehalts hat hier wie in anderen Fällen des Vorbehalts, wie bei der Resolutivbedingung, der zu führen, der daraus Rechte herleitet.

Fälle bedingten Vorbehalts behandelt das BGB. in den §§ 357, 359, 360, 361. In den §§ 357, 358 werden besondere Vorschriften für den Vorbehalt des Rücktritts für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit gegeben; dem Vorbehalt des Rücktritts wird in § 360 die Vereinbarung gleich gestellt, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. lex commissoria. Daran schließt sich in § 359 eine besondere Vorschrift für den Reugeldvertrag (Vorbehalt des Rücktritts gegen Zahlung eines Reugeldes) und in § 361 die allgemeine Vorschrift, daß im Zweifel der Rücktritt als vorbehalten gelten soll, wenn in einem gegenseitigen Vertrage die Leistung genau zu festbestimmter Zeit oder in festbestimmter Frist vereinbart ist und die Leistung nicht zu dieser Zeit oder in dieser Frist erfolgt. HGB. II § 376. SBGB. § 885.

Ueber den Vorbehalt besseren Gebots, die in diem add., enthielt Entw. I §§ 474, 475 beim Kaufe die besondere Vorschrift, daß das Rücktrittsrecht erlösche,

falls der bedungene Kaufpreis nicht zu der bestimmten Frist oder bei Grundstücken innerhalb drei Monaten, sonst innerhalb drei Wochen seit Abschluß des Vertrages vom Käufer erfolge. Die §§ 474, 475 sind gestrichen, weil kein Bedürfniß vorliege, das in der Praxis seltene Rechtsinstitut besonders zu regeln. Im gem. R., im ALR. und im SächsGB. bestanden ausführliche Vorschriften. In den §§ 272, 273 I 11 ALR. ist ausdrücklich geschieden der Fall der Abrede, daß der Kauf erst gültig sein solle, wenn sich in bestimmter Zeit kein besserer Käufer finde, und der Fall des Vorbehalts des Rücktritts für den Verkäufer, falls in bestimmter Zeit ein besserer Käufer sich melden würde. Jener Fall würde auch nach BGB. nicht hierher gehören, sondern als suspensiv bedingtes Geschäft zu behandeln sein. Im Übrigen ist der Vorbehalt besseren Gebots jetzt nach §§ 346—356 zu behandeln, falls durch den Vertrag keine abweichende Regelung erfolgt ist.

4. Für jeden Vorbehalt des Rücktritts ergeben sich Natur und Inhalt des Rechts aus den §§ 346—356. Der Vorbehalt des Rücktritts von dem perfekten Vertrage, l. 4 pr. D. 13, 3, mag er bei dem Vertragsschluß oder nachher vereinbart sein, giebt dem Vertrage eine besondere Eigenschaft, indem er ein bedingtes oder unbedingtes Recht, einen Anspruch für die Partei, zu deren Gunsten er vereinbart, begründet, den geschlossenen Vertrag zur Auflösung zu bringen. Der Vorbehalt begründet eine Einrede aus dem Vertrage gegen den anderen Kontrahenten, wenn er Rechte aus dem Vertrage geltend macht, bevor der Berechtigte sich über Ausübung seines Rechts entschieden hat und zu entscheiden verpflichtet war. Der Berechtigte braucht sein Recht nicht auszuüben; er kann auf dasselbe ausdrücklich oder stillschweigend verzichten. Entw. I § 431 bestimmte, das Rücktrittsrecht erlösche, wenn der Berechtigte den Vertrag auch nur theilweise erfülle oder solche Erfüllung verlange oder annehme; das sollte fortfallen, wenn der Berechtigte von seinem Recht oder dem Eintritt seiner Voraussetzungen nicht unterrichtet. Die Vorschrift ist schließlich gestrichen, weil sie überflüssig oder bedenklich, sondern die Annahme eines Verzichts nicht gerechtfertigt sein könne. Das schließt nicht aus, daß auch nach dem BGB. ein stillschweigender Verzicht in der Erfüllung oder Annahme der Erfüllung gefunden werden kann. So, wenn der Vermiether sich bei nicht pünktlicher Zahlung der Miethe den Rücktritt vom Vertrage und sofortige Ermission vorbehalten, nach Eintritt des Falls aber nicht bloß die rückständig gebliebene, sondern auch spätere Miethe angenommen und so den Vertrag fortgesetzt hat. Vgl. zu §§ 535 ff. ObTr. 32 S. 365, RE. 3 Nr. 295 Erk. a und S. 859, 861, 862. Vgl. [illegible] § 1437.

Das Rücktrittsrecht muß ausgeübt werden. Die Wirkung tritt nicht wie bei der Resolutivbedingung von selbst ein. Ausgeübt wird es durch die Erklärung des Rücktritts dem anderen Theile gegenüber. § 349, §§ 130 ff. Nach § 356 (vgl. §§ 467, 474) ist sie untheilbar: sie muß, wenn mehrere Berechtigte vorhanden, von allen, wenn mehrere Verpflichtete vorhanden, gegen alle erklärt werden; das Recht kann nicht theilweise ausgeübt, theilweise nicht ausgeübt werden, theilweise bestehen und nicht bestehen, erlöschen, nicht erlöschen. Alles das muß auch gelten, wenn nachträglich durch Erbgang mehrere berechtigt oder verpflichtet werden. Entw. I § 433. Vgl. §§ 2032 ff., 2058, 2060. Durch den Vertrag kann Alles das natürlich geändert werden. Vgl. SBGB. §§ 1116, 910. Durch die Erklärung erfolgt der Rücktritt: von Widerruf kann nicht die Rede sein, was Entw. I § 426 Abs. 2,

Entw. II § 300 Satz 2 ausdrücklich sagte, später als selbstverständlich gestrichen ist. Anfechtung der Erklärung wegen Zwangs, Betrugs u. a. ist natürlich nicht ausgeschlossen.

Für die Erklärung ist keine Form vorgeschrieben. Nur der Geschäftsfähige kann sie abgeben, oder der legitimirte Vertreter dem Geschäftsfähigen oder dessen Vertreter gegenüber. Im Prozeß kann der Beklagte der Klage auf Erfüllung gegenüber nicht bloß zu seiner Vertheidigung den Vorbehalt geltend machen, sondern auch die Rücktrittserklärung abzugeben veranlaßt sein, um die Klage auf Erfüllung zu beseitigen. Die Prozeßvollmacht reicht zu dieser Vertheidigung nach §§ 81, 86 CPO. aus, wie sie auch ausreicht, um die Erklärung entgegenzunehmen. RG. 50 S. 138. Bedingter Rücktritt ist so wenig von rechtlicher Bedeutung wie bedingte Kündigung.

Die Ausübung des Rücktrittsrechts ist an keine gesetzliche Frist gebunden. Vgl. SBGB. § 1108. Der Vertrag kann eine Frist bestimmen, mit deren Ablauf das Recht erlischt, wenn der Rücktritt nicht erklärt ist. Ist keine Frist bestimmt, so macht dies Fehlen die Vereinbarung nicht unverbindlich, sondern der andere Theil ist nur befugt, dem Berechtigten zur Beseitigung der Ungewißheit eine angemessene Frist für die Rücktrittserklärung zu setzen, mit deren Ablauf das Recht erlischt, wenn der Rücktritt nicht erklärt wird. § 355. Die Frist muß eine angemessene sein, d. h. dem Berechtigten so viel Zeit lassen, als er verständigerweise zur Ueberlegung und Entscheidung braucht. Ob sie diesem Erforderniß entspricht, darüber hat der Richter zu befinden, wenn im Rechtsstreit die Parteien darüber streiten, ob der Rücktritt rechtzeitig erklärt, das Rücktrittsrecht verloren oder erhalten ist. Die Fristsetzung hat der Verpflichtete, die Erklärung in der Frist der Berechtigte zu beweisen.

5. **Wirkung des Rücktritts.** §§ 346, 347, 348, 350—353. Dieselbe hängt mit der Natur und dem Inhalt des Vorbehalts zusammen und an erster Stelle von der Abrede der Parteien ab, die darüber frei bestimmen können. Erst in Ermangelung von Bestimmungen des Vertrages kommen die Vorschriften der §§ 346 ff. zur Anwendung, die keinen zwingenden Charakter haben.

Die Natur des Vorbehalts des Rücktritts giebt dem Vertrage selbst die besondere rechtliche Eigenschaft, daß er bedingt oder unbedingt durch eine oder beide Parteien aufgelöst werden kann. Der Inhalt des Vorbehalts bestimmt zunächst das Schuldverhältniß aus dem Vorbehalt und die Wirkung des Rücktritts. Der Inhalt ist ein anderer bei dem pact. displ. als bei dem Vorbehalt des Rücktritts für den Fall, daß der Miether nicht einzieht oder die erste Miethe nicht zahlt, und als bei dem Vorbehalt sofortiger Exmission, wenn im Laufe der Miethszeit nicht gezahlt wird. In letzterem Fall hat der Rücktritt Wirkung für die Zukunft und setzt den Vermiether in den Stand, dem Vertrage wie durch Kündigung ein vorzeitiges Ende zu bereiten.

Sonst besteht der Unterschied von Kündigung und Rücktritt gerade darin, daß der Rücktritt den Vertrag dem Vorbehalt entsprechend auch für die Vergangenheit auflöst. Darauf beruhen die §§ 346—348, 350 über die Rückgewähr des auf Grund des Vertrages Geleisteten. Sie ergeben den Inhalt des Schuldverhältnisses aus dem Vorbehalt. Was geleistet, ist nicht ohne rechtlichen Grund geleistet, sondern auf Grund des Vertrages, und mit dem Rücktritt fällt nicht der rechtliche Grund des Behaltens fort wie in § 812 (ungerechtfertigte Bereicherung), sondern der rechtliche Inhalt der vertragsmäßigen Vorbehaltsklausel tritt in Kraft. Derselbe besteht nach

falls der berechtigte Verkäufer nicht in der bestimmten Frist oder bei Grundstücken innerhalb drei Monaten, sonst innerhalb vier Wochen seit Abschluß des Vertrages den Rücktritt erkläre. Diese §§ 474, 475 sind gestrichen, weil kein Bedürfniß vorläge, das in der Praxis seltene Rechtsinstitut besonders zu regeln. Im gem. R., im ALR. und im SBGB. bestanden ausführliche Vorschriften. In den §§ 272, 273 I 11 ALR. ist ausdrücklich geschieden der Fall der Abrede, daß der Kauf erst gültig sein solle, wenn sich in bestimmter Zeit kein besserer Käufer finde, und der Fall des Vorbehalts des Rücktritts für den Verkäufer, falls in bestimmter Zeit ein besserer Käufer sich melden würde. Jener Fall würde auch nach BGB. nicht hierher gehören, sondern als suspensiv bedingtes Geschäft zu behandeln sein. Im Uebrigen ist der Vorbehalt besseren Gebots jetzt nach §§ 346—356 zu behandeln, falls durch den Vertrag keine abweichende Regelung erfolgt ist.

4. Für jeden Vorbehalt des Rücktritts ergeben sich Natur und Inhalt des Rechts aus den §§ 346—356. Der Vorbehalt des Rücktritts von dem perfekten Vertrage, l. 4 pr. D. 13, 3, mag er bei dem Vertragsschluß oder nachher vereinbart sein, giebt dem Vertrage eine besondere Eigenschaft, indem er ein bedingtes oder unbedingtes Recht (keinen Anspruch) für die Partei, zu deren Gunsten er vereinbart, begründet, den geschlossenen Vertrag zur Auflösung zu bringen. Der Vorbehalt begründet eine Einrede aus dem Vertrage gegen den anderen Kontrahenten, wenn er Rechte aus dem Vertrage geltend macht, bevor der Berechtigte sich über Ausübung seines Rechts entschieden hat und zu entscheiden verpflichtet war. Der Berechtigte braucht sein Recht nicht auszuüben; er kann auf dasselbe ausdrücklich oder stillschweigend verzichten. Entw. I § 431 bestimmte, das Rücktrittsrecht erlösche, wenn der Berechtigte den Vertrag auch nur theilweise erfülle oder solche Erfüllung verlange oder annehme; das sollte fortfallen, wenn der Berechtigte von seinem Recht oder dem Eintritt seiner Voraussetzungen nicht unterrichtet. Die Vorschrift ist schließlich gestrichen, weil sie überflüssig oder bedenklich, konkret die Annahme eines Verzichts nicht gerechtfertigt sein könne. Das schließt nicht aus, daß auch nach dem BGB. ein stillschweigender Verzicht in der Erfüllung oder Annahme der Erfüllung gefunden werden kann. So, wenn der Vermiether sich bei nicht pünktlicher Zahlung der Miethe den Rücktritt vom Vertrage und sofortige Exmission vorbehalten, nach Eintritt des Falls aber nicht bloß die rückständig gebliebene, sondern auch spätere Miethe angenommen und so den Vertrag fortgesetzt hat. Vgl. zu §§ 535 ff. ObTr. 32 S. 365, RE. 3 Nr. 295 Erk. a und S. 859, 861, 862. Vgl. SBGB. § 1437.

Das Rücktrittsrecht muß ausgeübt werden. Die Wirkung tritt nicht wie bei der Resolutivbedingung von selbst ein. Ausgeübt wird es durch die Erklärung des Rücktritts dem anderen Theile gegenüber. § 349, §§ 130 ff. Nach § 356 (vgl. §§ 467, 474) ist sie untheilbar; sie muß, wenn mehrere Berechtigte vorhanden, von allen, wenn mehrere Verpflichtete vorhanden, gegen alle erklärt werden; das Recht kann nicht theilweise ausgeübt, theilweise nicht ausgeübt werden, theilweise bestehen und nicht bestehen, erlöschen, nicht erlöschen. Alles das muß auch gelten, wenn nachträglich durch Erbgang mehrere berechtigt oder verpflichtet werden. Entw. I § 433. Vgl. §§ 2032 ff., 2058, 2060. Durch den Vertrag kann Alles das natürlich geändert werden. Vgl. SBGB. §§ 1116, 910. Durch die Erklärung erfolgt der Rücktritt; von Widerruf kann nicht die Rede sein, was Entw. I § 426 Abs. 2,

Entw. II § 300 Satz 2 ausdrücklich sagte, später als selbstverständlich gestrichen ist. Anfechtung der Erklärung wegen Zwangs, Betrugs u. a. ist natürlich nicht ausgeschlossen.

Für die Erklärung ist keine Form vorgeschrieben. Nur der Geschäftsfähige kann sie abgeben, oder der legitimirte Vertreter dem Geschäftsfähigen oder dessen Vertreter gegenüber. Im Prozeß kann der Beklagte der Klage auf Erfüllung gegenüber nicht bloß zu seiner Vertheidigung den Vorbehalt geltend machen, sondern auch die Rücktrittserklärung abzugeben veranlaßt sein, um die Klage auf Erfüllung zu beseitigen. Die Prozeßvollmacht reicht zu dieser Vertheidigung nach §§ 81, 86 CPO. aus, wie sie auch ausreicht, um die Erklärung entgegenzunehmen. RG. 50 S. 138. Bedingter Rücktritt ist so wenig von rechtlicher Bedeutung wie bedingte Kündigung.

Die Ausübung des Rücktrittsrechts ist an keine gesetzliche Frist gebunden. Vgl. EBGB. § 1108. Der Vertrag kann eine Frist bestimmen, mit deren Ablauf das Recht erlischt, wenn der Rücktritt nicht erklärt ist. Ist keine Frist bestimmt, so macht dies Fehlen die Vereinbarung nicht unverbindlich, sondern der andere Theil ist nur befugt, dem Berechtigten zur Beseitigung der Ungewißheit eine angemessene Frist für die Rücktrittserklärung zu setzen, mit deren Ablauf das Recht erlischt, wenn der Rücktritt nicht erklärt wird. § 355. Die Frist muß eine angemessene sein, d. h. dem Berechtigten so viel Zeit lassen, als er verständigerweise zur Ueberlegung und Entscheidung braucht. Ob sie diesem Erforderniß entspricht, darüber hat der Richter zu befinden, wenn im Rechtsstreit die Parteien darüber streiten, ob der Rücktritt rechtzeitig erklärt, das Rücktrittsrecht verloren oder erhalten ist. Die Fristsetzung hat der Verpflichtete, die Erklärung in der Frist der Berechtigte zu beweisen.

5. Wirkung des Rücktritts. §§ 346, 347, 348, 350–353. Dieselbe hängt mit der Natur und dem Inhalt des Vorbehalts zusammen und an erster Stelle von der Abrede der Parteien ab, die darüber frei bestimmen können. Erst in Ermangelung von Bestimmungen des Vertrages kommen die Vorschriften der §§ 346 ff. zur Anwendung, die keinen zwingenden Charakter haben.

Die Natur des Vorbehalts des Rücktritts giebt dem Vertrage selbst die besondere rechtliche Eigenschaft, daß er bedingt oder unbedingt durch eine oder beide Parteien aufgelöst werden kann. Der Inhalt des Vorbehalts bestimmt zunächst das Schuldverhältniß aus dem Vorbehalt und die Wirkung des Rücktritts. Der Inhalt ist ein anderer bei dem pact. displ. als bei dem Vorbehalt des Rücktritts für den Fall, daß der Miether nicht einzieht oder die erste Miethe nicht zahlt, und als bei dem Vorbehalt sofortiger Exmission, wenn im Laufe der Miethszeit nicht gezahlt wird. In letzterem Fall hat der Rücktritt Wirkung für die Zukunft und setzt den Vermiether in den Stand, dem Vertrage wie durch Kündigung ein vorzeitiges Ende zu bereiten.

Sonst besteht der Unterschied von Kündigung und Rücktritt gerade darin, daß der Rücktritt den Vertrag dem Vorbehalt entsprechend auch für die Vergangenheit auflöst. Darauf beruhen die §§ 346–348, 350 über die Rückgewähr des auf Grund des Vertrages Geleisteten. Sie ergeben den Inhalt des Schuldverhältnisses aus dem Vorbehalt. Was geleistet, ist nicht ohne rechtlichen Grund geleistet, sondern auf Grund des Vertrages, und mit dem Rücktritt fällt nicht der rechtliche Grund des Behaltens fort wie in § 812 (ungerechtfertigte Bereicherung), sondern der rechtliche Inhalt der vertragsmäßigen Vorbehaltsklausel tritt in Kraft. Derselbe besteht nach

den §§ 346 ff., immer vorausgesetzt, daß die Parteien nichts anderes bestimmt haben, darin, daß Recht und Pflicht zur Leistung aufhören und an ihre Stelle Recht und Pflicht zur Rückgewähr der empfangenen Leistung tritt. Dies obligatorische Schuldverhältniß ist durch den Vorbehalt als eventuelles suspensiv bedingt begründet und tritt aus dem Vertrage mit dem Rücktritt in Kraft. § 348, § 158 Abs. 1. Die Klage auf Erfüllung des Vertrages fällt mit dem Rücktritt von selbst fort.

Darin haben die Vorschriften in den §§ 346, 347 wie in den §§ 350—353 ihren inneren Grund. Bei dem Vertrage mit Vorbehalt des Rücktritts hat jeder Theil mit dem möglichen Rücktritt zu rechnen. Das durch den Vorbehalt begründete suspensiv bedingte Schuldverhältniß auf Rückgewähr wirkt schon vom Empfange der Leistung ab wie vom Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs an das Schuldverhältniß zwischen Eigenthümer und Besitzer. § 347. Jeder Theil trägt die Gefahr seiner Leistung, nicht die Gefahr des Empfangenen. Nach § 350 gilt dies auch für den Rücktrittsberechtigten; der Rücktritt wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß das ihm Geleistete durch Zufall untergegangen ist, eine Vorschrift von sehr bedenklichem Werth, die beim Tausch zu seltsamen Ergebnissen führen kann. (Vgl. § 467 ebenso bei der Wandelung. SBGB. § 918. Anders ALR. I 5 §§ 327, 328. C. c. art. 1647).

Dagegen haftet der Empfänger nach § 347 für jedes Verschulden und die dadurch herbeigeführte Unmöglichkeit der Rückgewähr oder Verschlechterung der Leistung. § 989. Mit der Sache sind die vom Empfang derselben an gezogenen Nutzungen herauszugeben und für unwirthschaftlich nicht gezogene Früchte Ersatz zu leisten. § 987. Nur nothwendige Verwendungen werden gemäß §§ 994 Abs. 2, 683 ff. ersetzt, andere nur nach Maaßgabe der §§ 998, 1001, 1002. §§ 256—258. Vgl. zu § 292. Empfangenes Geld wird vom Empfang ab verzinst. § 347 Satz 3. Was in Natur vorhanden, wird in Natur zurückgegeben so wie es sich befindet, mit allem, was nach §§ 93 ff. dazu gehört, vorbehaltlich der sich aus § 342 ergebenden Ansprüche. Vgl. Entw. I § 427 Abs. 2, 3, 4. Ist von beiden Theilen geleistet, so hat Jeder dem Anderen zurückzugewähren, was er erhalten. (Kaufsache, Anzahlung. Draufgabe. § 337 Abs. 2.)

Was seiner Natur nach nicht zurückgewährt werden kann, wie Dienstleistungen und überlassene Benutzung (Gebrauch) einer Sache ist zu vergüten, durch die in dem Vertrage ausgemachte Gegenleistung in Geld, sonst durch Ersatz des Werths der Leistung, d. h. des gemeinen Werths zur Zeit der Leistung.

6. Mit der aus §§ 346, 347 ersichtlichen Auffassung des Gesetzes hängen die §§ 351, 352, 353 über den Ausschluß des Rücktritts zusammen. Der Berechtigte, der sich vor der Rücktrittserklärung selbst außer Stand gesetzt hat, die Rückgewährspflicht zu erfüllen, indem er vorsätzlich oder fahrlässig selbst oder durch Andere, für die er nach § 278 einzustehen hat, das, was er empfangen hat, wesentlich verschlechtert, oder verschuldet, daß es ganz oder zu einem erheblichen Theil nicht zurückgewährt werden kann, oder die Sache durch Verarbeitung oder Umbildung ganz (oder zu einem erheblichen Theile) in eine Sache anderer Art umgestaltet, §§ 351, 352, ist nicht berechtigt, zurückzutreten, der erklärte Rücktritt ist wirkungslos. Im Falle des § 352 bleibt die Vorschrift des § 950 außer Betracht. Das sollte konsequent auch bei Veräußerung oder Belastung

des empfangenen Gegenstandes, Verkauf, Verpfändung, Cession, gelten, da mit dem Vorbehalt des Rücktritts solche Verfügung schwer vereinbar ist. So auch Entw. I § 430 Nr. 1, 2; II § 303. Dies ist später aus wenig überzeugenden Gründen geändert.

Veräußerung und Belastung schließen den Rücktritt nur aus, wenn der Dritte oder der, für den er nach § 278 einzustehen hat, die Unmöglichkeit der Rückgewähr im Sinne der §§ 351, 352 zur Zeit der Rücktrittserklärung herbeigeführt hat. Der Rücktrittsberechtigte haftet danach für das Verschulden des Dritten, § 351, in § 352 für die Handlung des Dritten, wie für eigenes Verschulden und für eigene Handlung, mit Recht, weil er die Veräußerung oder Belastung bei Bestehen des Rücktrittsrechts auf seine Gefahr vorgenommen hat. Wo von Verschulden des Dritten nicht die Rede sein kann, weil er über seine Sache verfügte, hilft der § 354 über die mißlichen Konsequenzen dieser wenig überlegten Vorschriften hinaus. Denn zur Rückgewähr bleibt der Zurücktretende immer verpflichtet, soweit er nicht nach § 350 befreit ist. Hat der Berechtigte die Veräußerung oder Belastung ohne Kenntniß seines Rücktrittsrechts vorgenommen, was bei den Erben des ursprünglich Berechtigten denkbar, so kann er ohne Verstoß gegen § 242 nicht das Rücktrittsrecht ausüben und sich zugleich darauf berufen, daß er es nicht gekannt habe. Anders Schollmeyer zu § 353 Anm. 1.

Der Verfügung des Berechtigten sind in Abs. 2 § 353 gleichgestellt Verfügung in der Zwangsvollstreckung, durch Arrestvollziehung, durch den Konkursverwalter. D. h. wenn der Gegenstand, den der Rücktrittsberechtigte erhalten hat, in seinen Händen durch seine Gläubiger zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung (Pfändung, Versteigerung) oder der Arrestvollziehung in oder außerhalb des Konkurses gemacht ist, oder der Konkursverwalter im Konkurse über den Gegenstand durch Veräußerung oder Belastung verfügt hat, weil der Gegenstand zur Konkursmasse gehörte, da der Vorbehalt des Rücktritts den Eigenthumsübergang nicht hindert, so soll dies allein den Rücktritt nicht hindern, sondern nur, wenn die Voraussetzungen der §§ 351, 352 hinzutreten. Diese Vorschrift erscheint noch weniger geeignet, als die des § 353 Abs. 1; denn wie bei dem, der in der Zwangsvollstreckung oder im Konkurse gekauft hat, von Verschulden, § 351, die Rede sein soll, ist nicht zu erfinden. Was von Zwangsvollstreckung und Arrest gegen den Rücktrittsberechtigten und Verfügung in seinem Konkurse gilt, gilt auch von denselben Akten der Verfügung gegen den Dritten, an den der Berechtigte veräußert hat. Für solche Akte steht der Rücktrittsberechtigte ein wie für eigene.

7. Das Schuldverhältniß aus dem Rücktritt. Der Inhalt desselben ergiebt sich aus dem Inhalt der Vorbehaltsklausel und den §§ 346, 347, 348, 354. Dazu treten die Spezialvorschriften in den §§ 357, 360, 359. Der Inhalt des Vorbehalts ist verschieden bei dem Vorbehalt, der den Rücktritt einfach von der Willkür des Berechtigten abhängig macht, mit oder ohne Reugeld, und dem Vorbehalt, der den Rücktritt mit der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit verknüpft oder für solche Nichterfüllung den Verlust des Rechts aus dem Vertrage androht. Immer fällt mit der wirksamen Rücktrittserklärung das Recht auf und die Pflicht zur Erfüllung des Vertrages fort. Der Klage auf Erfüllung gegenüber bestreitet der Beklagte seine Verpflichtung, indem er sich auf Vorbehalt und Rücktritt beruft; nur hat er Vorbehalt und Rücktrittserklärung zu beweisen. Mit der Rücktrittserklärung wird sodann das

suspensiv bedingte Schuldverhältniß auf Rückgewähr des Geleisteten wirksam. § 158 Abs. 1.

Das Schuldverhältniß ist ein gegenseitiges, wenn bei gegenseitigem Vertrage von beiden Theilen etwas geleistet ist und zurückzugewähren ist, z. B. der Kaufvertrag mit der Abrede geschlossen ist, daß der Verkäufer berechtigt sein soll, den Vertrag zu annulliren, falls der Kaufpreis nicht binnen bestimmter Frist nach der Uebergabe vollständig bezahlt, die Uebergabe erfolgt, der Kaufpreis nur zum Theil bezahlt ist. In diesem Falle ist, nachdem der Verkäufer zurückgetreten, ihm die Kaufsache, dem Käufer der Kaufpreistheil zurückzugewähren, §§ 346, 347, nach § 348 Zug um Zug wie bei gegenseitigen Verträgen gemäß §§ 320, 322. Der Klage auf Rückgabe des Grundstücks setzt der Käufer entgegen, daß ihm der Kaufpreis zurückzuzahlen, und erreicht damit seine Verurtheilung zur Herausgabe der Sache Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises. Vgl. § 274 Abs. 2 CPO., §§ 726, 756, 765. Ebenso schon nach gem. R. l. 4 § 1, l. 6 pr. D. 18, 3. ObTr. 72 S. 318, Präj. 2973. Ges. betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. Mai 1894 § 1. Dabei kommen dann auch die Ansprüche eines oder beider Theile auf Schadensersatz oder Werthsersatz aus §§ 346, 347 zur Geltung. Gegen die Klage des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises beruft der Verkäufer sich auf sein Recht auf Rückgewähr der Kaufsache, oder darauf, daß das Rücktrittsrecht nach §§ 351—353 erloschen.

Das Schuldverhältniß ist ein rein obligatorisches. Die Rücktrittserklärung bewirkt, wenn die Parteien nicht anderes vereinbart haben, nicht den Rückfall des Eigenthums des übertragenen oder übergebenen Gegenstandes (bewegliche Sache, Forderung, Recht) an den Rücktrittsberechtigten. Vgl. auch § 925 Abs. 2 (Unzulässigkeit bedingter Auflassung). Die Klage auf Rückgewähr ist nicht die Eigenthumsklage, sondern die Klage auf Erfüllung der Verpflichtung aus Vorbehalt und Rücktritt durch Uebergabe, Rückübertragung, Rückauflassung, Rückzahlung, Liberation im Falle § 353. Die Verpflichtung kann nach § 350 fortfallen, nach § 347 gesteigert werden, wenn der zur Rückgewähr Verpflichtete *nach der Rücktrittserklärung* die Verschlechterung oder den Untergang der Sache verschuldet, §§ 347, 351, oder die Sache verarbeitet oder umwandelt, § 352, oder veräußert oder belastet, § 353. *Nach wirksam erklärtem Rücktritt* kann nicht mehr davon die Rede sein, daß der Rücktritt aus den Gründen in den §§ 351, 352, 353 *ausgeschlossen* werde, sondern es wirkt lediglich das Schuldverhältniß aus dem Rücktritt, der den Vertrag beseitigt hat. Aus diesem Schuldverhältniß haftet der zur Rückgabe Verpflichtete natürlich für jedes Verschulden, nicht für Zufall, nach Eintritt des Verzuges auch für Zufall. § 287.

Dazu tritt hier die Vorschrift des § 354. Wenn der, der den Rücktritt wirksam erklärt hat, *mit der Rückgewähr dessen, was er empfangen hat oder eines erheblichen Theils desselben, in Verzug kommt*, so soll der Rücktritt unwirksam werden, d. h. der Vertrag ohne Vorbehalt wieder aufleben, sobald der Rücktrittsberechtigte auch in der ihm vom Gegner bestimmten angemessenen Frist nicht zurückgewährt, und der Gegner ihm bei Bestimmung der Frist erklärt hat, er werde die Annahme nach Ablauf der Frist ablehnen. Die Vorschrift ist analog der in den §§ 283, 326, 250. Für die Fristsetzung und die Frage der Angemessenheit der Frist gilt das dort Gesagte.

Vorausgesetzt ist Verzug, §§ 287, 288, und zwar in der Rückgewähr; Verzug in der Leistung des Werthsersatzes, § 346 Satz 2, oder des Schadensersatzes, § 347, genügt nicht. Vorausgesetzt ist ferner, daß der Rücktritt wirksam war, d. h., daß die

Unmöglichkeit der Rückgewähr nicht schon zur Zeit der Rücktrittserklärung bestand; stellt sich dies nachträglich heraus, so bedarf der Gegner des Rücktrittsberechtigten der Berufung auf § 354 nicht, da der Rücktritt ohnedies von Anfang an unwirksam, für den rechtlichen Erfolg gleichgültig ist, ob der Rücktritt von Anfang an oder nachträglich unwirksam. In beiden Fällen bleibt der Vertrag ohne Vorbehalt wirksam und die Klage auf Erfüllung ist begründet.

Praktisch wird die Vorschrift namentlich bei Verschulden und Verfügen nach erklärtem Rücktritt und in dem Falle der Belastung und Veräußerung vor dem Rücktritt. Belastung vor dem Rücktritt schließt zwar den Rücktritt nicht aus, § 353, aber es versteht sich von selbst, daß der Rücktrittsberechtigte sie beseitigen muß, mag er sie vor oder nach dem Rücktritt vorgenommen haben, da er sie stets auf die Gefahr vornimmt, sie beseitigen zu müssen, falls er zurücktritt. Kann er sie nicht beseitigen und ist die Belastung der Art, daß Rückgewähr mit der Belastung keine Rückgewähr ist, so wird der erklärte Rücktritt unter der Voraussetzung des § 354 wirkungslos. Ist sie nicht so erheblich, tritt die Schadensersatzpflicht nach § 347 ein.

Nicht anders ist es mit der Veräußerung; sie schließt den Rücktritt nicht aus, läßt aber die Rückgewährpflicht unberührt. Darauf, daß der Dritte nicht an ihn zurückveräußern will, kann der Rücktrittsberechtigte sich nie berufen, um den Vorwurf des Verzugs und die Folge des § 354 abzuwenden, weil er bei Veräußerung vor dem Rücktritt damit rechnen und Vorsorge treffen muß, Veräußerung nach dem Rücktritt immer ein Verstoß gegen die Pflicht aus dem Schuldverhältniß aus dem Rücktritt ist. Kann der Gegner beweisen, daß der Dritte nicht zurückgeben will und wird, so bedarf es nicht des in § 354 vorgesehenen Weges. Er klagt aus dem Vertrage auf Erfüllung; beruft der Beklagte sich auf Vorbehalt und Rücktritt, so hat der Kläger zu beweisen, daß der Rücktritt nach §§ 351—353 ausgeschlossen, oder nach § 355 erloschen, oder nach § 354 unwirksam geworden. Der Beklagte hat zu beweisen, daß er nach § 350 von der Rückgewähr befreit. Der § 354 ist auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn der Rücktrittsberechtigte rechtskräftig zur Rückgewähr verurtheilt ist und nicht zurückgewährt. § 283. Der § 354 beschränkt die Partei nicht auf den Schadensersatzanspruch unter Ausschluß der Erfüllung, sondern läßt die Erfüllungspflicht wieder aufleben.

8. lex commissoria. Verwirkungsklausel. §§ 357, 358, 360. Darunter fällt zunächst der oben erwähnte, in ObTr. 72 S. 318 nach gem. Recht, l. 4 § 1, l. 6 D. 18, 3 behandelte Fall der Abrede, daß der Verkäufer berechtigt, den Kaufvertrag zu annulliren, falls der Käufer den Kaufpreis zur bedungenen Zeit nicht vollständig zahlt. Ganz so wird nach § 360 die Abrede behandelt, wenn sie dahin gefaßt, daß der Käufer das Recht aus dem Vertrage verlieren soll, wenn er nicht rechtzeitig bezahlt. Vgl. § 1238 Abs. 1 für den Pfandverkauf. D. h. auch in diesem Falle soll sich der Vertrag nicht von selbst auflösen wie durch Resolutivbedingung, sondern der Verkäufer nur das Recht haben, den Vertrag durch seinen Rücktritt aufzulösen. Die Parteien können aber anderes wollen und bestimmen, namentlich, daß der Vertrag von selbst von Anfang an und selbst mit dinglicher Wirkung aufgelöst sein soll, oder, daß zwar der Schuldner sein Recht verlieren soll, nicht aber der Gläubiger.

Oben ist bereits erwähnt, daß die Auflösung des Vertrages auch nur für die Zukunft gewollt sein kann, der Vorbehalt dem Vorbehalt der Kündigung gleich-

steht. So namentlich bei der sehr häufigen Klausel in Miethsverträgen, daß bei nicht pünktlicher Zahlung einer oder mehrerer Miethsraten der Miether sich der sofortigen Exmission unterwirft oder die Miethe aufgelöst sein soll.

Auch der Vorbehalt des Eigenthums, pact. reserv. dom., bis zur Zahlung des Kaufpreises gilt nach § 455 regelmäßig als suspensive Bedingung des Eigenthumsüberganges mit Vorbehalt des Rücktritts vom Vertrage für den Verkäufer, falls der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug kommt, so daß er unter § 357 fällt. Daß er auch anders gemeint sein kann, so daß nur das Recht des Käufers auf den Besitz der Sache fortfällt, nicht seine Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises, oder so, daß die Eigenthumsübertragung resolutiv bedingt, oder als wirkliche Verwirkungsklausel, darüber vgl. zu § 455.

Unter § 360 würde der früher erwähnte Fall StrA. 57 S. 277 gehören, wo ein Holzungsrecht mit der Klausel stipulirt, daß der Berechtigte „bei Verlust seines Rechts" kein Eichenholz fällen dürfe. Unter § 360 fällt die übliche Stipulation des Frachtverlustes bei unpünktlicher Ablieferung des Guts, ferner der Fall, wo die Unkündbarkeit kreditirter Forderung an die pünktliche Zahlung von Zinsen, Raten u. a. geknüpft.

Ueber die Unzulässigkeit des Vorbehalts der Rechtsverwirkung bei Hypothek und Pfand vgl. zu den §§ 1149, 1229, 1277.

Für alle diese Fälle gelten die §§ 346 ff., wenn der Vertrag nicht anderes als den Willen der Parteien ergiebt. Vgl. § 555. Nach dem Vertrage ist auch zu entscheiden, ob der Rücktritt stattfindet, wenn die Erfüllung auch nur theilweise, oder nur, wenn sie ganz ausbleibt, ferner ob der Rücktritt Verzug voraussetzt oder die einfache Nichterfüllung, ob die nachträgliche Erfüllung und deren Annahme den stillschweigenden Verzicht auf den Rücktritt enthält und den Rücktritt ausschließt. Für beide Fälle regelt § 358 die Beweislast und giebt § 357 einen Rechtssatz über die Aufrechnung.

Der Grundsatz des § 358, daß der Schuldner, der sich für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit dem Rücktritt unterworfen hat, die Erfüllung zu beweisen hat, wenn er zu leisten hatte, während der rücktretende Gläubiger die Zuwiderhandlung zu beweisen hat, wenn die Leistung des Schuldners in einem Unterlassen besteht, beruht auf denselben Gesichtspunkten, auf denen die Regelung der Beweislast in den §§ 282, 284, 285, 339 Satz 2, § 345 beruht.

Wo Tilgung der Leistungspflicht durch Aufrechnung möglich, § 387, schließt die vor der Rücktrittserklärung erfolgte Aufrechnung, § 389, die Rücktrittserklärung aus, § 389, weil sie ihre Voraussetzung beseitigt, soweit sie die Thatsache der Nichtleistung beseitigt. Nach dem Rücktritt würde an sich Aufrechnung nicht mehr möglich sein, da der Rücktritt Recht und Pflicht zur Leistung beseitigt und für die Aufrechnung kein Objekt übrig bliebe. Diese Konsequenz kann unbillig sein und wird durch § 357 gehoben. Die Aufrechnung soll den Rücktritt unwirksam machen, wenn sie nur unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern, § 121 Abs. 1) nach dem Rücktritt erklärt wird. Dieselbe Vorschrift enthält § 554 Abs. 2 für den Fall des Rücktritts vom Miethsvertrage für die Zukunft durch die Kündigung Seitens des Vermiethers bei Verzug des Miethers in der Entrichtung des Miethszinses. Wenn der Verkäufer sich den Rücktritt für den Fall der nicht pünktlichen Zahlung des Kaufpreises an bestimmtem dies vorbehalten hat, und der Käufer hat nachher eine kompensable Gegenforderung aus anderem Geschäft erworben, so kann der Käufer durch Aufrechnung

vor oder unverzüglich nach dem Rücktritt die Voraussetzung des Rücktritts, die nicht pünktliche Zahlung, beseitigen.

Sorgsam zu trennen von der Frage der Unwirksamkeit des Rücktritts in Folge nachträglicher Aufrechnungserklärung ist die Frage, ob die Voraussetzung des Rücktritts vorliegt oder nicht vorliegt, wenn der Schuldner was er aus gegenseitigem Vertrage schuldete, bis zur Bewirkung einer Gegenleistung nicht zu leisten brauchte, §§ 320 ff., 537 ff., oder weil er sonst ein Zurückbehaltungsrecht hatte. §§ 273, 274.

9. Rücktritt gegen Reugeld. Wandelpön. § 359. D. BR. 2 § 110. Crome, BR. 2 § 176. RE. 1 Nr. 108. — Auf den Unterschied von Reugeld (Wandelpön) und Vertragsstrafe und Draufgabe als Reugeld ist zu §§ 336 ff. unter 4 hingewiesen. Wenn die Kontrahenten vereinbaren, daß der eine oder Beide (StrA. 84 S. 357) durch Zahlung des versprochenen oder Aufopferung des (als Draufgabe, Angeld) gegebenen Reugeldes sich von der Verpflichtung zur vertragsmäßigen Leistung willkürlich befreien können, so ist die vertragsmäßige Leistung in obligatione, der Rücktrittsberechtigte aber hat die Befugniß (facultas), statt der Leistung das Reugeld zu entrichten. ALR. I 5 § 312. SBGB. § 897. Das Reugeld stellt das Interesse des Berechtigten an der Nichterfüllung bei verfehlter Spekulation dar, wie z. B. die Vorprämie und Rückprämie bei börsenmäßigen Prämiengeschäften, und in einer gewissen Doppelfunktion zugleich das Interesse des Anderen an der Erfüllung; der § 343 findet so wenig Anwendung, wie der § 301 I 5 anwendbar war. RG. 43 S. 280.

Die Reugeldstipulation dient dem Interesse dessen, der sich den Rücktritt vorbehält, und kann deshalb ohne besondere Vollmacht durch den Bevollmächtigten stipulirt werden. JW. 1895 S. 487 für Preuß. Recht. Bis zum Rücktritt kann die Erfüllung gefordert werden, die Frist zur Rücktrittserklärung müßte denn noch nicht verstrichen sein. Auch hier ist der Rücktritt gemäß § 349 zu erklären und wird erst dadurch wirksam; nach § 355 muß er in der ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten oder in der gestellten Frist erklärt werden, widrigenfalls das Reurecht erlischt, spätere Rücktrittserklärung unwirksam ist. Stillschweigende Vereinbarung einer Frist ist darin zu finden, daß A an B sein Grundstück mit der Stipulation verkauft, daß an bestimmtem Tage zu übergeben, aufzulassen, zu zahlen und zugleich ein Reugeld für den Käufer stipulirt ist. StrA. 6 S. 174, 42 S. 364. OHG. 24 S. 120. Findet sich der Käufer nicht ein und zahlt nicht, erklärt auch bis zu dem Tage oder an dem Tage den Rücktritt nicht, so ist nach § 355 das Rücktrittsrecht erloschen und die Klage auf Erfüllung begründet, nicht auf das Reugeld. Da § 355 Erklärung des Rücktritts dem anderen Theile gegenüber fordert, vgl. § 359, kann darin allein der Rücktritt nicht gefunden werden, daß der Berechtigte sich zur Erfüllung außer Stand setzt, z. B. darin, daß der Verkäufer, der gegen Reugeld zurücktreten kann, anderweit verkauft, er müßte denn den Verkauf dem Anderen mitgetheilt haben, oder der konkrete Inhalt des Vertrages zu dem Ergebniß führen, daß das Reugeld ohne Erklärung des Rücktritts mit einem gewissen Moment verwirkt sein soll. Andererseits ist die Rücktrittserklärung z. B. darin zu finden, daß der Käufer die angebotene Erfüllung ohne berechtigten Grund ablehnt, StrA. 42 S. 364; ObTr. 44 S. 1.

Unvereinbar mit dem Rücktritt ist, wenn der Berechtigte erfüllt, auch nur theilweise, oder die Erfüllung auch nur theilweise annimmt, SBGB. § 897, ALR. I 5

§ 315, der Vertrag müßte denn zu der Auslegung führen, daß der Rücktritt bis zum Moment vollständiger Erfüllung gestattet. Vgl. oben unter 4. In StrA. 84 S. 357 war das Reugeld für Verkäufer und Käufer stipulirt, vom Käufer Anzahlung geleistet, worauf der Verkäufer zurücktrat. War dies troß der Annahme der Anzahlung zulässig, so konnte der Käufer troß seiner Anzahlung natürlich das Reugeld fordern.

Das Reugeld ist grundsätzlich Entgelt für willkürlichen Rücktritt. Es setzt verbindlichen Vertrag voraus wie die Vertragsstrafe und es erscheint selbstverständlich, daß durch die Reugeldstipulation die Berufung auf gesetzlich berechtigten Rücktritt vom Vertrage nicht beseitigt, das Reugeld nicht verwirkt wird, wenn der Rücktritt nicht willkürlich erfolgt. Darauf beruht ObTr. 34 S. 65 (RE. 1 Nr. 108) für das ALR. A hatte an B auf zehn Jahre mit Stipulation eines Reugeldes für den Rücktritt des B verpachtet, nachdem er vorher schon an C verpachtet hatte. In dem Vertrage mit B war dies berücksichtigt und vorgesehen, daß A und B das Abstandsgeld an C je zur Hälfte tragen sollten. C nahm dann aber nicht Abstand und es kam in Folge davon nicht zur Pachtübergabe an B, der seinen Rücktritt erklärte, als C auf seinem Vertrage bestand. Das ObTr. hat die Klage des A auf das Reugeld gegen B abgewiesen, weil der Anspruch immer nur bestehe, wenn willkürlich vom Vertrage zurückgetreten oder der Berechtigte die Nichterfüllung verschuldet. Nach BGB. würde der Fall nicht anders zu entscheiden sein.

Die Spezialvorschrift des § 359 bezweckt eine gewisse Sicherung des Gegners des Rücktrittsberechtigten. Nach seiner von Entw. I § 435 nicht unwesentlich abweichenden Fassung ist die Rücktrittserklärung an sich wirksam, durch die Entrichtung des Reugeldes nicht bedingt. Aber der Andere kann die Rücktrittserklärung zurückweisen, wenn das Reugeld nicht schon vorher entrichtet ist oder bei der Erklärung entrichtet wird. Die Zurückweisung muß unverzüglich, § 121, erfolgen, sonst bleibt die Rücktrittserklärung wirksam. Erfolgt die Zurückweisung, so bleibt die Rücktrittserklärung doch wirksam, wenn nur unverzüglich nach der Zurückweisung das Reugeld entrichtet wird. Danach hat der Klage auf Erfüllung gegenüber der Kontrahent, der sich auf den Rücktritt beruft, die Rücktrittserklärung zu beweisen, der Kläger, daß er die Erklärung zurückgewiesen, weil das Reugeld nicht bezahlt, der Beklagte, daß er das Reugeld vor oder bei der Erklärung oder unverzüglich nach der Zurückweisung bezahlt.

Wie §§ 349, 355 gelten die §§ 350—353, 354, 356 auch für diesen Fall des Rücktritts.

10. Fixgeschäft. § 361. SBGB. § 865. HGB. I Art. 357. HGB. II § 376. Crome, BR. 2 § 172. D. BR. 2 § 57. Nach der Auslegungsregel, die § 361 für gegenseitige Verträge giebt, die nicht unter die Handelskäufe des § 376 HGB. II fallen, gilt im Zweifel die Vereinbarung, daß die Leistung des einen Theils (oder beider) genau zu festbestimmter Zeit (dies) oder in festbestimmter Frist bewirkt werden soll, als Vereinbarung des Rücktrittsrechts für den anderen Theil im Falle, daß die Leistung nicht so erfolgt, auch wenn sie ohne Verschulden des Schuldners nicht so erfolgt. Das Gesetz stellt nur eine Vermuthung auf, die durch den Vertrag ebenso beseitigt werden kann, wie der Vertrag die Folgen anders bestimmen kann. Ist Rücktrittsrecht gewollt, so ist der Rücktritt nach §§ 349, 355 zu erklären und alle Folgen des Rücktritts treten gemäß §§ 346 ff.

ein. Der Rücktritt ist auch hier ein Recht, von dem der Gläubiger Gebrauch zu machen nicht verpflichtet ist, und durch dessen Ausübung er sich nicht von den Folgen eigenen Verschuldens befreien kann, sobald er für die Nichterfüllung des Schuldners verantwortlich ist. § 324. Andrerseits bleiben dem Gläubiger die Rechte, die ihm nach §§ 325, 326 zustehen, wenn der Schuldner im Verzuge ist und dadurch oder in anderer Weise die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt. Ebenso findet § 323 Anwendung, wenn die Unmöglichkeit der Leistung eintritt, ohne daß der eine oder der andere Theil sie zu vertreten hat.

Das Besondere des § 361 ist, daß der Gläubiger zurücktreten darf, auch wenn der Schuldner die Nichterfüllung zur rechten Zeit nicht zu vertreten hat und wenn die Sache nicht so liegt, daß mit dem Ablauf der Zeit die Erfüllung objektiv keine Erfüllung, sondern die Erfüllung unmöglich ist, sei es für den Gläubiger, oder für beide Theile. Letztere Fälle gehören nicht in die Kategorie der Fixgeschäfte im Sinne des § 361. Wenn ein Fenster oder ein Tribünensitz für einen Festzug oder ein Sitz im Theater für eine bestimmte Vorstellung oder eine Droschke für einen bestimmten Eisenbahnzug oder eine Sommerwohnung für die Schulferienzeit gemiethet, oder für eine bestimmte Festgelegenheit (Hochzeit, Geburtstag u. dergl.) beim Koch ein Mahl bestellt ist, so folgt ohne Vereinbarung aus dem Inhalt des Vertrages, daß Leistung nach beendetem Festzug oder beendeter Vorstellung oder Abgang des Zuges oder dem Ende der Schulferien oder nach dem bestimmten Festtage keine Erfüllung ist, vom Gläubiger als solche nicht angenommen, aber auch vom Schuldner nicht geleistet zu werden braucht, wenn vom Gläubiger die Leistung etwa für eine andere gleiche Gelegenheit gefordert werden sollte. In allen diesen Fällen tritt objektive Unmöglichkeit der Erfüllung ein, deren rechtliche Wirkung nicht nach § 361, sondern nach den §§ 323 ff. zu beurtheilen ist. Der nichtsäumige Theil hat hier keine Wahl zwischen Rücktritt und dem Anspruch auf Erfüllung, wie in § 361.

Das eigentliche Gebiet des § 361 sind die Fälle, wo die Vereinbarung fixer Leistung die Möglichkeit der Leistung nach Ablauf der bestimmten Zeit oder der bestimmten Frist übrig läßt. Die Vereinbarung, die Fixklausel überhebt den Gläubiger des Beweises, daß die nachträgliche Leistung kein Interesse für ihn hat, und giebt ihm das Recht des Rücktritts nach den §§ 346 ff. unbeschadet seines Rechts, davon abzusehen und Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, wenn der Vertrag nicht anders bestimmt. Schadensersatz kann grundsätzlich nur gefordert werden, wenn der Schuldner im Verzuge ist, §§ 284, 286, der Vertrag müßte denn ergeben, daß der Schuldner die rechtzeitige Erfüllung garantirt hat. Der § 376 HGB. II hat für das Handelsfixgeschäft zum Theil abweichende Normen aufgestellt.

Die Begriffsbestimmung des Fixgeschäfts ist im § 361 gleichlautend mit der in § 376 HGB. II und Art. 357 HGB. I, nur daß in Art. 357 die fixe Klausel nur für die Erfüllung Seitens des Verkäufers (nicht auch Seitens des Käufers) gedacht war. Wie nach altem und neuem Handelsrecht genügt auch nach § 361 nicht einfach die Bestimmung eines dies oder einer Frist oder die genaue A n g a b e der Erfüllungszeit, vielmehr muß aus dem Vertragslaut (bestimmte Worte: genau, fix, prompt) oder aus dem Vertragsinhalt, der Natur des Geschäfts und den begleitenden Umständen erhellen, daß die Parteien mit der Angabe der Erfüllungszeit, deren fixe Einhaltung als Inhalt der Leistung gewollt haben. OHG. 2 S. 93, 7 S. 386, 9 S. 408; RG. 1 S. 241, 36 S. 83, 85.

Auch in dem gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr genügt für die Anwendung des

§ 361 nicht die Abrede, daß eine Ausstattung bis zum 1. Juli zu liefern, oder die Bestellunng eines Fuhrwerks zur Ausfahrt zu bestimmter Stunde. Aber bei Miethen einer Sommerwohnung für die Schulferienzeit kann der Rücktritt als bedungen gelten, wenn der Vermiether die Wohnung auch nur am ersten Tage der Miethszeit nicht zur Verfügung stellt. Im Allgemeinen wird Fixgeschäft im Sinne des § 361 für den bürgerlichen so wenig wie für den Handelsverkehr (OHG. 6 S. 19, 21) als das übliche, regelmäßige anzunehmen sein. Vgl. auch § 542 Abs. 1, 2.

11. Das vertragsmäßige Rücktrittsrecht qualifizirt den Vertrag, mit dem es verbunden, und unterliegt deshalb nothwendig der Beurtheilung nach dem Recht, dem der Vertrag unterliegt, sowohl nach seiner Voraussetzung wie nach seiner Wirkung, unabhängig davon, ob der Fall seiner Ausübung vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. eingetreten ist, wenn der Vertrag mit der Klausel vorher geschlossen. Das wird sich regelmäßig ändern, wenn dem früheren Vertrage die Vertragsabrede des Rücktritts nachträglich unter der Herrschaft des BGB. hinzugefügt ist. Dann ist, wenn der Vertrag nicht anders auszulegen, das BGB. anzuwenden. Vgl. übrigens zu § 455 und EG. Art. 168, Preuß. Ausf.Ges. z. BGB. Art. 25.

Auch das gesetzliche Rücktrittsrecht ist Qualifikation des Schuldverhältnisses und bleibt demselben erhalten, wenn das Schuldverhältniß unter dem alten Recht begründet ist. EG. Art. 170. Vgl. Habicht § 24.

---

3. Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

1. Titel. Erfüllung.

§ **362.** Das Schuldverhältniß erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. [1])

Wird an einen Dritten zum Zwecke der Erfüllung geleistet, so finden die Vorschriften des § 185 Anwendung. [8])

§ **363.** Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei. [16])

§ **364.** Das Schuldverhältniß erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt.

Uebernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt. [25—28])

§ **365.** Wird eine Sache, eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungsstatt gegeben, so hat der Schuldner wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten. [25—28])

§ **366.** Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuld-

verhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämmtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt.

Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnißmäßig getilgt.[14, 15])

§ 367. Hat der Schuldner außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten, so wird eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet.

Bestimmt der Schuldner eine andere Anrechnung, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen.[14])

§ 368. Der Gläubiger hat gegen Empfang der Leistung auf Verlangen ein schriftliches Empfangsbekenntniß (Quittung) zu ertheilen. Hat der Schuldner ein rechtliches Interesse, daß die Quittung in anderer Form ertheilt wird, so kann er die Ertheilung in dieser Form verlangen.[16—21, 23, 24])

§ 369. Die Kosten der Quittung hat der Schuldner zu tragen und vorzuschießen, sofern nicht aus dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein Anderes ergiebt.

Treten in Folge einer Uebertragung der Forderung oder im Wege der Erbfolge an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers mehrere Gläubiger, so fallen die Mehrkosten den Gläubigern zur Last.[22])

§ 370. Der Ueberbringer einer Quittung gilt als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen.[7])

§ 371. Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen. Behauptet der Gläubiger, zur Rückgabe außer Stande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß verlangen, daß die Schuld erloschen sei.[17, 18])

Erfüllung. Leistung an Erfüllungsstatt. datio in solutum. §§ 362—371. E. I §§ 263—271; II §§ 311—320; III §§ 356—365. ALR. I 16 §§ 1—165; 235—250. SBGB. §§ 976—987; 689—693; 858—865; 1000. C. c. art. 1234, 1235—1264. art. 1315, 1316. W. 2 §§ 341, 342—344. Eccius 1 §§ 91, 93. D. BR. 2 §§ 112, 113—118, 119, 120. Z-Cr. 2 §§ 295, 296—300. Crome, französ. OblR. § 24. Endemann 1 §§ 141, 142. Cosack 1 §§ 108, 109. Crome, System 2 §§ 181, 182, 187, 188.

I. 1. Das BGB. behandelt in dem Abschnitt von dem Erlöschen der Schuldverhältnisse neben dem normalen modus der Aufhebung durch Erfüllung, solutio, §§ 362, 363, die Befriedigung des Gläubigers durch datio in solutum, §§ 364, 365, durch Hinterlegung, §§ 372 ff., durch Aufrechnung, §§ 387 ff., und den Erlaßvertrag, § 397. Dabei handelt es sich überall um Schuldverhältnisse nicht dauernder Art, aus denen eine oder mehrere Forderungen entstanden sind und um die Tilgung dieser Forderungen, mit der zugleich das Schuldverhältniß von selbst erlischt, ganz oder soweit es die getilgte Forderung betrifft. Dauernde Schuldverhältnisse wie Auftrag, Gesellschaft, Gemeinschaft u. a. haben daneben ihre besonderen Aufhebungsthatsachen, die ihnen eigen sind, und die Aufhebungsthatsachen, die ohne Befriedigung des Gläubigers wirken und nicht bloß für Schuldverhältnisse gelten, wie das Erlöschen durch Eintritt auflösender Bedingung, des dies ad quem, §§ 158, 163, durch Unmöglichkeit der Erfüllung, §§ 275 ff., durch Rücktritt, §§ 346 ff., sind an anderer Stelle geregelt. Der Entw. I enthielt neben den Vorschriften über Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaß in § 291 die Bestimmung, daß das Schuldverhältniß durch Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in derselben Person (confusio) erlischt, und in § 292, daß es durch den Tod von Gläubiger oder Schuldner nicht erlischt, es sei denn, daß aus Gesetz, Rechtsgeschäft, Natur der Leistung sich ein Anderes ergäbe. Beide Vorschriften sind im BGB. gestrichen, letztere mit Rücksicht auf die §§ 1922, 1967, erstere, weil sie als Grundsatz selbstverständlich, aber nicht ausnahmslos richtig. Vgl. darüber unter 2 und 3.

a. Das ALR. behandelte in I 16 „von den Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten aufhören" die Aufhebung der Verbindlichkeiten durch Erfüllung, insbesondere Zahlung (Erfüllung durch Geld oder geldgleiche Inhaberpapiere), Deposition, Angabe an Zahlungsstatt, durch Kompensation, Entsagung, Vergleich, Umschaffung (Novation), Vereinigung und die Anweisung, die aber, wie nach BGB. §§ 783 ff., die Tilgung nicht wirkt, nur ein Weg zur Tilgung ist, ebenso der Vergleich, BGB. § 779, der zur Tilgung führen kann aber nicht muß, und einen weiter gehenden und anderen Inhalt hat, ein Vertrag besonderen Inhalts ist. Nach § 7 I 16 sollen Rechte auch durch Verjährung und richterliches Erkenntniß erlöschen. Nach § 8 I 16 werden mit dem Erlöschen der Hauptverbindlichkeit auch die Nebenverbindlichkeiten (Verstärkung, Sicherheit, I 2 § 140; 14 § 385; 20 § 520, Bürgschaft, Pfand) aufgehoben. Das

SBGB. enthält im Abschnitt 5 des 3. Buchs „Erlöschung der Forderungen“ Vorschriften über Erfüllung, Aufrechnung, aufhebenden Vertrag und Neuerungsvertrag (Novation), rechtskräftiges Urtheil, Wegfall der Personen bei Forderungen durch Tod und Vereinigung, Wegfall des Inhalts der Forderung (Unmöglichkeit), Verjährung. Nach C. c. art. 1234 erlöschen Verbindlichkeiten (obligation) durch Zahlung, Novation, Erlaß, Kompensation, Vereinigung (confusio), den Untergang des Gegenstandes, Ungültigkeitserklärung, durch den Eintritt resolutiver Bedingung, durch Verjährung.

b. Die Verjährung fällt für das BGB. fort ebenso wie das rechtskräftige absolvirende Urtheil; beide wirken nicht ipso jure tilgend, geben nur eine Einrede. § 222 Abs. 1. In Bezug auf das Urtheil bestimmte Entw. I § 191, das rechtskräftige Zuerkannte könne nicht mehr bestritten, das rechtskräftige Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden, auf diese Wirkung könne aber verzichtet werden, das Gericht sie nicht ohne Geltendmachung berücksichtigen. Diese Sätze sind im BGB. mit dem ganzen Abschnitt des Entw. I über das Urtheil gestrichen und in die CPO. verwiesen, §§ 322 ff. Aus der Natur des Judikats und der Einrede der res jud. folgt aber, daß das Urtheil nicht tilgt, daß auf die Einrede verzichtet werden kann und daß die Parteien, auch wenn das Urtheil nicht wegen Simulation nichtig, vgl. Bd. 1 S. 127 unter 5., die durch das Urtheil abgesprochene Verbindlichkeit als bestehend behandeln, anerkennen, befriedigen können, ohne daß die cond. indeb. durchgreift. Vgl. ObTr. 45 S. 426 (StrA. 14 S. 21) und zu § 814.

Das BGB. behandelt auch nicht besonders das Erlöschen von Schuldverhältnissen durch aufhebenden Vertrag, ALR. I 5 §§ 385 ff., SBGB. §§ 1000, 106, RE. 1 Nr. 120, weil es bei dem Grundsatz der Vertragsfreiheit keiner Bestimmung darüber bedurfte. Das ALR. fordert für aufhebende Verträge, die noch von keiner Seite erfüllt, neben der Abrede der Aufhebung die Kassation der Vertragsurkunde, bei gerichtlich geschlossenen Verträgen Aufhebung in gerichtlicher Form, bei Aufhebung eines schriftlich geschlossenen, theilweise schon erfüllten Vertrages die Schriftform, wenn für den Vertragsschluß schriftliche Form geboten, für Aufhebung eines im Wesentlichen von beiden Seiten erfüllten Vertrages einen neuen Vertrag mit der Form, die der Gegenstand erforderte. Für das BGB. ist die Kassation der Vertragsurkunde nicht vorgeschrieben, auch nicht die Form des begründenden Rechtsgeschäftes (Vertrages) für das aufhebende Rechtsgeschäft (Vertrag). Miethe, Pacht, Leibrentenvertrag, Bürgschaft, Cession in Schriftform werden durch mündlichen Vertrag aufgehoben; wo schriftliche, gerichtliche oder notarielle Form für die Uebertragung einer Sache oder eines Rechts erforderlich und erfüllt und damit die Uebertragung selbst vollzogen, ist für die Rückübertragung natürlich die Form der Uebertragung nöthig, da die Rückübertragung inhaltlich Uebertragung ist. Soweit für die obligatorische Verpflichtung eine Form nöthig, ist sie doch für die obligatorische Wirkung der Aufhebung der Verpflichtung nicht erforderlich. Der Satz: quibuscumque modis obligamur, iisdem in contr. actis liberamur, l. 53, 153 D. 50, 17, l. 80 D. 46, 3, besteht für das BGB. nicht.

Ueber Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Novation (Umschaffung, Neuerungsvertrag, novation) hat das BGB. keine allgemeine Vorschrift, weil aus seiner Vertragstheorie die Möglichkeit und Gültigkeit eines Vertrages, sich von selbst ergiebt, durch den ein Schuldverhältniß aufgehoben und ein anderes Schuldverhältniß zwischen anderen oder denselben Personen mit anderem oder gleichem Inhalt, ab=

hängig oder unabhängig von demselben, mit oder ohne Wirkung für die Nebenverpflichtungen an dessen Stelle gesetzt wird. §§ 780 ff. In § 607 Abs. 2 ist ausdrücklich zugelassen die Umwandlung einer Schuld aus anderer causa in eine Darlehnsschuld, in § 364 Abs. 2 aber durch die dort gegebene Auslegungsregel anerkannt, daß eine Verbindlichkeit durch eine neue so ersetzt werden kann, daß sie durch diese wie durch datio in sol. getilgt wird. Vgl. das Nähere unter 27.

c. Im gem. Recht wird unter den Aufhebungsthatsachen der concursus duarum caus. lucr. behandelt. l. 17 D. 44, 7; l. 15 D. 42, 4; l. 83 § 6 D. 45, 2; l. 34 § 3; l. 108 § 4 D. 30. W. 2 § 343a. D. P. 2 § 68[10, 11]. Schollmeyer, Kommentar zu § 275 Anm. 3. Stammler, Studien zum BGB. S. 227. Die Forderung dessen, der eine species aus liberalem Titel (Schenkung, Vermächtniß) zu fordern hat, soll erlöschen, wenn ihm dieselbe species aus anderem liberalen Titel durch einen Anderen geleistet wird. Das BGB. sagt darüber wie das ALR., das SBGB. und der C. c. nichts. Vgl. Eccius 1 § 87 Anm. 10. In ALR. I 12 § 380 ist nur bestimmt, daß das Vermächtniß einer Sache unwirksam, deren Eigenthum der Legatar unentgeltlich erworben, und SBGB. § 2462 trifft Bestimmung für den Fall, daß der Bedachte den vermachten Gegenstand entgeltlich erworben. Vgl. darüber zu BGB. §§ 2169 ff. Ein allgemeiner Rechtssatz dahin, daß das Schuldverhältniß erlischt, wenn der Gläubiger auf einem anderen Wege, als durch die Leistung des Schuldners erhält, was er zu fordern hat, läßt sich für das BGB. so wenig aufstellen, wie für irgend ein Recht. Für generische Leistungen kann davon überhaupt nicht die Rede sein. Wer Schadensersatz in Geld zu leisten hat, kann sich nicht darauf berufen, daß ein Dritter dem Beschädigten den Schaden durch Schenkung oder aus verpflichtender causa (Versicherung) ersetzt hat.

Wer aus einem genus zu liefern, kann den Anspruch auf Erfüllung nicht durch Berufung darauf beseitigen, daß ein Anderer geliefert hat. Wo das Schuldverhältniß auf eine species geht, kann Leistung durch einen Anderen als den Schuldner diesem die Leistung unmöglich machen. Das kann bei unentgeltlichen und entgeltlichen Verträgen, bei Sachen und Handlungen eintreten, aber von Aufhebung des Schuldverhältnisses durch Befriedigung, Erfüllung ist nicht zu reden. Wer den Abbruch eines Hauses gegen Entgelt übernommen, kann die Gegenleistung gewiß nicht fordern, wenn das Haus einstürzt oder weggeschwemmt wird, und wer Nießbrauch unentgeltlich verspricht, wird frei, wenn der Beschenkte das Eigenthum erwirbt. Ob in solchen Fällen liberaler Zuwendung einer species, wo der Bedachte demnächst den Gegenstand unter Aufwendungen oder mit Lasten erwirbt, ein Anspruch auf Ersatz dieser Aufwendungen oder Beseitigung der Lasten zuzulassen, ist durch einen allgemeinen Rechtssatz nicht zu entscheiden, sondern nur konkret aus den Umständen, dem Inhalt des Rechtsgeschäfts und dem präsumtiven Willen der Parteien zu finden.

d. Von denselben Gesichtspunkten aus ist auch die bereits unter Anm. 99 zu §§ 275 ff. erwähnte Veränderung der Umstände, clausula rebus sic stantibus, zu behandeln. Eccius 1 § 87 I. RG. 1 Nr. 119. D. BR. 2 § 111. Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 473. Crome, System 1 § 78[a]. Daß die Veränderung der Umstände eine jedem Rechtsgeschäft (Vertrag) von selbst innewohnende, als stillschweigend verabredet anzusehende Aufhebungsthatsache ist, wird im BGB. so wenig wie im ALR. oder einem anderen modernen Recht anerkannt.

SBGB. § 864. In OHG. 23 S. 137 ist für gem. R. nur bei Kreditgeschäften aller Art (Kauf mit Kreditirung des Kaufpreises) aus der Verkehrsauffassung der über die clausula r. s. st. hinausgehende Satz hergeleitet, daß die Kreditzusage fortfällt, wenn vor der Erfüllung Umstände eintreten oder auch nur bekannt werden, die den Kreditgeber als gefährdet erscheinen lassen. Das ALR. sprach in I 5 § 377 den Grundsatz aus, daß wegen veränderter Umstände die Erfüllung in der Regel nicht verweigert werden könne, außer dem Falle wirklicher Unmöglichkeit, behandelte aber in §§ 378 ff. Veränderung der Umstände als Grund zum Rücktritt, wenn nach dem Vertragsschluß und vor beiderseitiger nicht schuldbar verzögerter vollständiger Erfüllung durch eine nicht vorauszusehende Veränderung der Umstände der bei dem Vertragsschluß ausdrücklich erklärte oder sich aus den Umständen ergebende Endzweck beider Theile unmöglich gemacht wurde. Wer deshalb zurücktrat, hatte den anderen Theil zu entschädigen, wenn er die Veränderung herbeigeführt, oder die Veränderung in seiner Person eingetreten war, oder der Zweck nur für ihn fortfiel. Dabei blieb aber der konkreten Beurtheilung des einzelnen Falls überlassen, unter welchen Umständen die Natur des Geschäfts die Erreichung des Zwecks beider Theile ausschließt. RG. 22 S. 81, 87.

Beispiele der Anwendung geben die oben unter Anm. 99 S. 113 erwähnten Urtheile RG. 1 S. 109, 22 S. 81 (dagegen RG. 21 S. 178 für gem. R.), OHG. 8 S. 153, RG. 37 S. 336 (Baugeldervertrag, Rücktritt, nachdem die Bauausführung einem mittellosen Unternehmer mit dem Eigenthum des hypothezirten Grundstücks übertragen), ObTr. 41 S. 22 (Versprechen der Mitgift, Fortfall nach Trennung der Ehe durch Scheidung). ObTr. 26 S. 239, 49 S. 52, OHG. 23 S. 201 (Grenzen der Anwendung der §§ 378 ff. I 5 bei vollständiger und bei verzögerter Erfüllung). StrA. 24 S. 302 (keine Anwendung bei Kauf von Viehfutter, weil der Käufer das Gut verkauft), StrA. 67 S. 344 (keine Anwendung bei Kauf von Mauersteinen, weil der Käufer den Bau aufgegeben, für den er die Steine bestimmt). StrA. 35 S. 127 (keine Anwendung bei lebenslänglicher Anstellung eines Försters zu Gunsten der Erben des Besitzers, die die Forst verkauft). Das ALR. enthielt neben den allgemeinen Vorschriften in I 5 §§ 377 ff. eine Reihe von Einzelbestimmungen, die mehr oder weniger auf demselben Gedanken beruhen. Dahin gehört namentlich I 11 § 178, daß der Käufer eines Grundstücks vom Vertrage zurückzutreten berechtigt, wenn zwischen Vertragsschluß und Uebergabe neue öffentliche Lasten oder Abgaben auf das Grundstück gelegt, vgl. BGB. § 446, ALR. I 11 §§ 656, 657 über den Einfluß veränderter persönlicher und Vermögensverhältnisse beim Darlehnsversprechen, I 11 § 984, daß der Besteller einer Lieferung zurücktreten kann, wenn die Lieferung wegen veränderter Umstände zu dem bedungenen Zwecke unnütz oder unbrauchbar wird, vgl. BGB. § 649, ferner ALR. I 14 § 47 für das Depositum, I 16 § 33; I 17 § 80; I 21 § 235 für die Leihe, und die §§ 366, 376 ff., 553 über den Einfluß von Tod, Krieg, veränderten Umständen auf Miethe und Pacht.

Das BGB. stellt einen allgemeinen Rechtssatz mit Recht nicht auf, giebt aber zwei Vorschriften, die auf dem Gedanken der cl. r. s. st. beruhen und zeigen, daß ihm der Gedanke nicht fremd ist. Nach § 321 wird zwar die Verbindlichkeit zur Vorleistung bei gegenseitigen Verträgen nicht aufgehoben, wenn nach Abschluß des Vertrages der Anspruch auf die Gegenleistung durch wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des anderen Theils gefährdet wird, aber die Vorleistung kann bis zur Gegenleistung oder Sicherheitsleistung verweigert werden, vgl. oben S. 175

unter 5, und nach § 610 kann der Darlehnsversprecher die Zusage widerrufen, wenn sein Anspruch auf Rückerstattung durch nachträgliche wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Anderen gefährdet wird. Daraus folgt nicht, daß der Käufer vom Vertrage zurücktreten kann, wenn er gegen Zahlung bei Lieferung gekauft hat und der Verkäufer nachträglich in Zahlungsschwierigkeiten geräth. RG. 50 S. 255, 257.

Eine andere Frage ist, ob aus beiden Vorschriften nicht ein allgemeiner Satz für Kreditzusage überhaupt zu entnehmen ist. Dem BGB. ist auch nach §§ 157, 242 der Gedanke nicht fremd, daß nach dem Sinn des Vertrages, der Willensmeinung der Kontrahenten und nach Treu und Glauben, Kredit unter der Voraussetzung gegeben wird, daß die Umstände, unter denen Kredit gegeben, unverändert bleiben. OHG. 23 S. 137. Es hätte ferner wenig Sinn, den Verkäufer, der auf Kredit verkauft hat, zur Absendung der Waare zu verpflichten, die er nach § 44 Konk.O. zurückfordern kann. Ueber die Frage, ob Irrthum über die Verhältnisse des Kreditsuchers zur Zeit der Kreditzusage zur Anfechtung berechtigt, vgl. Bd. 1 S. 139 zu § 119. Rücksicht auf Veränderung der Umstände nimmt das BGB. wie das ALR. in den Vorschriften über Widerruf und Rückforderung der Schenkung in §§ 519, 528, über Kündigung bei Leihe, Miethe, Pacht in den §§ 569, 570, 605, und darauf beruht auch § 649, der dem Besteller bei Werkverdingung das Kündigungsrecht ohne Beschränkung giebt, was zu dem Ergebniß des ALR. I 11 § 984 z. B. in dem Fall führt, wenn Ausstattung für eine Braut bestellt, die Braut während der Ausführung stirbt oder die Verlobung rückgängig gemacht wird. Nach ALR. und BGB. erhält der Werkmeister seine Gegenleistung nach Abzug dessen, was er dadurch erspart, daß die Ausführung nicht vollendet wird. Vgl. auch §§ 626, 695, 696, 723.

Von dem angedeuteten allgemeinen Gesichtspunkte der Auslegung des Vertrages und der Willensmeinung der Kontrahenten nach Treu und Glauben sind die unter Anm. 99 zu §§ 275 ff. erwähnten Entscheidungen in RG. 1 S. 109, 22 S. 81 auch nach BGB. zu rechtfertigen, ebenso RG. 37 S. 336 und der Fall Dernburg's a. a. O., wo der Arzt Räume in einem Hause zu einem Sanatorium, einer Klinik und zugleich eine Privatwohnung gemiethet hatte, die ihm erkennbar nur dienen konnte, wenn ihm das Sanatorium in demselben Hause verblieb, der Vermiether aber nur den Vertrag über das Sanatorium kündigte. In allen diesen und den ähnlichen Fällen, wo ein Führer zu einer Alpentour engagirt und das Wetter sich ändert, oder ein Gastmahl zu einer Feier bestellt wird, der Gefeierte vorher stirbt, ist die Entscheidung von dem Gesichtspunkte aus zu gewinnen, ob im Sinne des Vertrages nach der üblichen Anschauung, Denk- und Lebensauffassung das Nichteintreten des wirklich eingetretenen Umstandes als stillschweigende Voraussetzung des Bestandes des Vertrages anzusehen ist. Darin liegt das, was die cl. r. s. st. an wahrem Recht enthält. Davon ist auch für das BGB. auszugehen.

In das Gebiet der cl. r. s. st. fällt § 18 des Ges. über das Verlagsrecht v. 19. Juni 1901, wonach der Verleger kündigen kann, wenn nach dem Vertragsschluß der Zweck fortfällt, dem das Werk dienen soll, oder die Publikation des Sammelwerkes unterbleibt, für das der Verfasser einen Beitrag liefern soll. Der Anspruch des Verfassers auf die Vergütung soll unberührt bleiben, ein Satz, der mißverstanden werden kann, aber doch wohl nur bedeuten soll, daß der Anspruch auf die verdiente Vergütung bestehen bleibt. In das Gebiet der cl. r. s. st. fallen nament-

lich die §§ 17 ff. der Konf.O., die den Einfluß der Konkurseröffnung auf die Erfüllung der Rechtsgeschäfte ordnen. Danach führt die Konkurseröffnung bald zum Erlöschen des Schuldverhältnisses, vgl. ObTr. 76 S. 136, bald zum Erlöschen nur des Anspruchs auf Erfüllung und Verwandlung des Anspruchs in den Interesseanspruch, bald zur Kündigungsbefugniß.

2. Vereinigung von Forderung und Schuld. confusio. ALR. I 16 §§ 476—506. SBGB. §§ 1008, 1032, 1033, 1465, 2285, 2378. §§ 458, 443, 508. C. c. art. 1300, 1301. W. 2 § 352. Eccius 1 § 96. Z-Cr. 2 § 310. D. BR. 2 § 132. Crome, System 2 § 196 I. RE. 3 Nr. 269.

a. Der in dem gestrichenen § 291 Entw. I enthaltene Rechtssatz, daß durch Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in derselben Person das Schuldverhältniß erlischt, folgt mit Nothwendigkeit aus dem Begriff des Schuldverhältnisses: Niemand kann sich selbst schulden oder von sich selbst zu fordern haben. So kann ein Schuldverhältniß weder entstehen noch bestehen, wenn das Gesetz nicht Ausnahmen zuläßt. Der Satz kehrt deshalb in allen Rechten wieder. l. 75, l. 107 D. 46, 3. ALR. I 16 § 476. SBGB. § 132, § 1008. C. c. art. 1300. Er gilt, mag der Schuldner Erbe des Gläubigers werden oder umgekehrt, oder der Gläubiger dem Schuldner cediren; solche Cession ist kein rechtlich unmöglicher oder inhaltsleerer Akt, wenn sie auch gleichzeitig das Erlöschen der cedirten Forderung bewirkt. Wird der Schuldner durch Gesetz Nießbraucher der Forderung, die der Ehefrau oder dem Kinde gegen ihn zusteht, so ruht das Gläubigerrecht bezüglich der Zinsen, solange der Nießbrauch dauert. Auch Erbschaftskauf und Vermögensübertragungsvertrag kann Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit herbeiführen. Daß der Gläubiger durch die conf. Befriedigung erhält, ist nicht erforderlich; die conf. tritt auch ein, wenn der Schuldner, den der Gläubiger beerbt, nichts hat; die Befriedigung ist nicht der Erlöschungsgrund, sondern die rechtliche Unmöglichkeit des Bestehens von Schuld und Forderung in derselben Person.

Unter einem anderen Gesichtspunkte steht der Fall des Verkaufs des Pachtguts an den Pächter. Dabei handelt es sich nicht um Konfusion, sondern um Ersatz der Pacht durch Eigenthum, mit dem Pachtforderung und Pachtschuld nicht ferner vereinbar. ObTr. 46 S. 118. Ebenso handelt es sich nicht um conf., wenn A an B verkauft und B seine eigene Forderung an A in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt. Das ist verabredete Aufrechnung und wirkt als solche, nicht durch confusio. RG. 5 S. 321.

Das ALR., das die Aufhebung durch Vereinigung ausführlich behandelt, stellt als besondere Voraussetzungen für die Wirkung der Vereinigung auf: daß die Person, in der die Vereinigung erfolgt, das Recht für sich selbst auszuüben und die Pflicht für eigene Rechnung zu leisten hat, und daß die Vereinigung auf unwiderruflichem Rechtsgrunde beruhe. Ersteres will nichts anderes besagen, als daß Gläubigerrecht und Schuldnerpflicht zusammentreffen müssen und daß die Vereinigung nur in dem Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner wirkt, nicht gegen Dritte. Es versteht sich von selbst, daß Beerbung des Cedenten durch den deb. cessus und umgekehrt das Gläubigerrecht des Cessionars nicht beseitigt, und bei Schuldübernahme, die den Schuldner befreit, gilt nichts anderes, wenn nachher conf. zwischen Gläubiger und Schuldner oder Uebernehmer eintritt. Ebenso folgt daraus, daß nach verkaufter Erbschaft oder nach erfolgter Vermögensübertragung zum Nach-

theil des Verkäufers nicht mehr wirkt, wenn er Erbe eines Gläubigers der Erbschaft wird, dem er nach dem Verkauf der Erbschaft oder der Uebertragung des Vermögens nicht mehr schuldet, und ebenso, daß der Pfandgläubiger oder Nießbraucher einer Forderung sein Recht nicht dadurch verlieren kann, daß der Gläubiger Erbe des Schuldners wird oder umgekehrt oder gar dadurch, daß der Gläubiger dem Schuldner cedirt.

Der Schuldner, der seinen Gläubiger beerbt, kann sich gegen Nachlaßgläubiger, Legatare, Miterben nicht darauf berufen, daß er durch conf. befreit; ist ihm cedirt, so ist ihm erlassen oder geschenkt; aber der Gläubiger, der seinen Schuldner (ohne Vorbehalt) beerbt, ist seiner Forderung so ledig, daß er sie gegen Gläubiger und Legatare des Schuldners nicht geltend machen kann. Besonders regelt das ALR. die Wirkung der Vereinigung bei mehreren Gläubigern und mehreren Schuldnern, I 16 §§ 492—494, SBGB. § 1033; ferner bei Bürgschaft, I 16 §§ 495—499. SBGB. §§ 1033, 1464, 1465. C. c. art. 1301. In letzterer Beziehung spricht es die selbstverständlichen Sätze aus: Tilgt die conf. die Verbindlichkeit, und fällt die Bürgschaft mit dem Fortfall der Hauptverbindlichkeit fort, BGB. § 767, so erlischt die Bürgschaft durch conf. zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, selbst wenn der Bürge schon rechtskräftig verurtheilt ist. Hat der Bürge bezahlt, so trifft die conf. nicht seinen Regreß aus der Bürgschaft gegen den Hauptschuldner und dessen Erben. l. 30, l. 41 § 2 D. 21, 2; l. 14 D. 27, 1. Dagegen hat die conf. zwischen Schuldner und Bürgen keine Bedeutung für den Gläubiger, ebenso wie die conf. zwischen Gläubiger und Bürgen keine für die Hauptschuld hat. Vgl. Entw. I § 678.

Der Satz des ALR. I 16 §§ 478, 479, vgl. SBGB. § 1008 Satz 3, daß das Recht und die Verbindlichkeit aus unwiderruflichem Rechtsgrunde zusammenkommen müssen, bei widerruflichem Rechtsgrunde Recht und Pflicht nur ruhen, solange die Vereinigung dauert, hat außer Resolutivbedingung und dies ad quem die Recession des Erbschaftserwerbes oder der Cession und die fideikommissarische Substitution im Auge, trifft auch den Fall, wo der Schuldner Nießbraucher der Forderung wird. In diesen Fällen wird die Wirkung der Vereinigung ex tunc resolvirt. Suspendirt blieb sie nach §§ 486 ff. I 16 beim Erbschaftserwerb mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars. Alles dies ist auch für das BGB. zu beachten.

b. Das BGB. spricht den Rechtssatz nicht aus, setzt ihn aber voraus in den §§ 425 Abs. 2, 429 Abs. 2 über die Wirkung der Vereinigung von Forderung und Schuld bei einem von mehreren Gesammtschuldnern und Gesammtgläubigern, und in den §§ 1975, 1976, 1991, 2143, 2377 über den Ausschluß oder Fortfall der Wirkung der Vereinigung von Forderung und Schuld in den Fällen, in denen der Erbe nur mit dem Nachlaß haftet, ferner bei Nacherbfolge und bei Erbschaftsverkauf. Ebenso setzt § 2175 den Rechtssatz voraus, indem er bestimmt, daß die Vereinigung in Folge Erbfalls nicht wirkt, wenn der Erblasser eine ihm gegen den Erben zustehende Forderung oder ein Recht vermacht hat, mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist. Hier wird die Vereinigung in dem Moment, wo sie eintreten würde, durch den Willen des Erblassers und das gleichzeitig entstehende, mit der conf. unvereinbare Recht des Dritten ausgeschlossen. Im Entw. I §§ 1032, 1223 war außerdem ausdrücklich bestimmt, daß die Vereinigung einer dem Nießbrauch oder Pfandrecht eines Dritten unterliegenden Forderung mit der Verbindlichkeit nicht gegen den

Nießbraucher oder Pfandgläubiger wirkt. Das ist als selbstverständlich nach Grund und Zweck der Rechtswirkung der Vereinigung gestrichen. Vgl. BGB. §§ 1071, 1276. Die Voraussetzung und Beschränkung der Vereinigung ist im BGB. von der des früheren Rechts nicht verschieden bis auf einzelne Abweichungen, z. B. bei §§ 425, 429, die dort näher zu erörtern.

Von besonderer Bedeutung sind dann ebenfalls als Ausnahmevorschriften, gegenüber dem allgemeinen Rechtssatz, die §§ 1163, 1164 Abs. 2, 1174, 1177 über die Wirkung der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigenthum in derselben Person und die Vereinigung des Rechts aus der Hypothek mit der Pflicht in der Hand des persönlichen Schuldners, besonders bei Gesammthypothek. Diese Vorschriften beruhen auf der besonderen Gestaltung der Hypothek zu einem selbständigen von der Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner unabhängigen Vermögens- und Verkehrsobjekt. Bei der Reallast kann, da der Verpflichtete nicht bloß dinglich, sondern für die während der Dauer seines Eigenthums fälligen einzelnen Leistungen auch persönlich haftet, § 1108, der Fall der conf. eintreten, die sich dann nur auf die einzelnen Leistungen bezieht, nicht auf das Recht selbst, ebenso wie in dem Falle, wenn der persönliche oder dingliche Schuldner der Hypothek den Nießbrauch an der Hypothek erwirbt.

Eine Ausnahme von dem allgemeinen Rechtssatz, die auf ähnlichen Gründen beruht wie die bereits berührte bei der Hypothek (Grundschuld) und der allgemeine Grundsatz des § 889 bezüglich der jura in re, enthält Art. 10 (98 Nr. 2) der WO., wonach die Wechselobligation durch Indossament an den Bezogenen, Acceptanten, Trassanten, Aussteller, früheren Indossanten so wenig untergeht, wie ein Inhaberpapier dadurch ungültig wird, daß es in die Hände des Ausstellers gelangt. Das an das Papier gebundene Gläubigerrecht ruht wie bei der auf widerruflichem Rechtsgrund beruhenden confusio bei vorübergehender Rückkehr des Papiers in die Hände des Schuldners nur so lange, als es nicht wieder in den Umlauf gelangt, für den es bestimmt ist. Mit dem vollendeten Umlauf tritt die Wirkung der conf. ein. Art. 16 WO. Darum kann der Acceptant vor Verfall und Protest giriren, aber nach Verfall und Protest kann er, wenn er bei Verfall und Protest Wechselinhaber war, das durch conf. erloschene Wechselrecht nicht mehr übertragen. Auf anderem Grunde beruht, daß der Indossatar, der selbst früher indossirt hat, keinen Regreß gegen diejenigen hat, denen er aus seinem früheren Indossament haftet; sein Gläubigerrecht aus dem ihm ertheilten späteren Giro kann sich nicht mit seiner Verpflichtung aus seinem früheren Giro vereinigen, aber das Regreßrecht gegen seine Vormänner bis zu seinem früheren Indossament fällt fort, weil er diesen selbst regreßpflichtig und ihnen sofort herausgeben müßte, was er von ihnen fordert.

3. Erlöschen durch Tod des Gläubigers oder Schuldners. Daß Schuldverhältnisse durch den Tod von Gläubiger oder Schuldner grundsätzlich nicht erlöschen, ist ein Grundsatz aller Rechte; mit dem Tode treten die Erben an die Stelle. ALR. I 5 § 415; SBGB. §§ 1007, 1999, 2000. C. c. art. 1742. W. 2 § 359. D. BR. 2 § 131. Was Entw. I § 292 ausdrücklich sagte, folgt aus BGB. §§ 1922, 1967, §§ 130, 153 von selbst, ebenso daß der Grundsatz fortfällt, wenn sich aus dem Rechtsgeschäft, dem Gesetz, der Natur der Leistung anderes ergiebt. Es versteht sich von selbst, daß die Kontrahenten den Bestand von Recht und Pflicht an das Leben eines von ihnen binden können, und daß das Schuldverhältniß fortfällt,

wenn die Leistung mit Rücksicht auf die Person des Gläubigers oder des Schuldners bedungen, nur der Verpflichtete leisten soll und kann, wenn z. B. ein berühmter Maler, Künstler, Architekt mit einem Werke betraut ist. In ALR. I 5 §§ 416—422 ist näher behandelt, welche rechtlichen Folgen eintreten, wenn in solchem Falle theilweise geleistet ist, oder der Verpflichtete vor seinem Tode im Verzuge war. Auch nach BGB. bleiben die Folgen des Verzugs unberührt; das Geleistete wird nach §§ 812 ff. zurückgegeben oder vergütet. Nach röm. und gem. Recht erlöschen mit dem Tode die sog. actiones vindictam spirantes, die persönliche Genugthuung für persönliche Kränkung schaffen sollten. Aus dem BGB. sind hierher zu rechnen die Vorschriften in den §§ 847, 1300, wonach der Anspruch auf Ersatz eines Schadens durch Körperverletzung und Freiheitsentziehung, der nicht Vermögensschaden, und der Anspruch der Verlobten auf Entschädigung wegen Defloration nicht auf die Erben übergeht, wenn er nicht durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden. Anm. 127 zu §§ 241—292.

Nach StPO. § 444 Abs. 4 ist unvererblich der Anspruch auf Buße, ebenso regelmäßig die actio injuriarum. StPO. §§ 414, 430, 433, 442.

Besondere Vorschriften über das Erlöschen von Schuldverhältnissen durch Tod enthält das BGB. in den §§ 791, 794 für Anweisung und Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in den §§ 1615, 1712, 1713 für die Ansprüche auf Unterhalt. SBGB. § 1853. Andere Vorschriften betreffen die Einwirkung des Todes auf dauernde Rechtsverhältnisse und Schuldverhältnisse, §§ 613, 672, 673 (Dienstvertrag, Auftrag; vgl. HGB. II § 52 Abs. 3 für die Prokura), § 675 (Dienst- und Werkvertrag), §§ 727, 736 (Gesellschaft), §§ 750, 2042, 2044 (communio), und in §§ 569 (581 Abs. 2), 596, 605 wird bei Miethe, Pacht, Leihe an den Tod die Befugniß zur vorzeitigen Aufhebung des Schuldverhältnisses durch Kündigung geknüpft.

Andere, nicht hierher gehörige Vorschriften: vgl. Bd. 1 S. 6 zu §§ 13—20.

II. Erfüllung. solutio. Zahlung. ALR. I 16 §§ 11 ff., 28—105. SBGB. §§ 976—987. C. c. art. 1235—1264. RE. 3 Nr. 259—260 a.

4. Die Erfüllung, solutio, d. h. die Leistung des Geschuldeten an den Gläubiger, ist nach allen Rechten die normale Art des Erlöschens von Schuldverhältnissen, deren Inhalt Recht und Pflicht zu einer einzelnen oder mehreren Leistungen ist. Zahlung ist die Erfüllung einer Geldschuld durch Leistung von Geld oder Papieren, die dem Gelde gleichstehen. §§ 244, 245. Vgl. oben S. 32 zu diesen §§ darüber, was gesetzliches Zahlungsmittel ist, d. h. was als Zahlung vom Gläubiger angenommen werden muß, und was er als Zahlung anzunehmen nicht verpflichtet ist, obwohl es Zahlung ist. Vgl. auch zu §§ 364, 365.

Der Begriff der Erfüllung ist nicht bloß von Bedeutung, weil sie nach § 362 Abs. 1 das Schuldverhältniß tilgt. In den Fällen der §§ 313, 518, 766 heilt sie den Formmangel, § 125, und sie ist von weittragender Bedeutung für die Frage der Kondiktion, der Rückforderung des Geleisteten. §§ 812—814, § 222 Abs. 2, §§ 762, 656 (Nichtschuld, verjährte Schuld, Spielschuld, Mäklerlohn für Heirath). Das ALR. giebt neben wenigen allgemeinen Vorschriften über Erfüllung ausführliche über Zahlung in Verbindung mit im BGB. an anderer Stelle gegebenen Vorschriften über Ort und Zeit der Zahlung, BGB. §§ 269—272, über Theilzahlungen, BGB. § 266, über Zahlung durch Dritte, BGB. §§ 267, 268, Zahlungsmittel, BGB. §§ 244,

245, Verzug, BGB. §§ 284 ff., 293 ff. und die Kondiktionen, BGB. §§ 812 ff. Bestimmungen trifft das ALR. außerdem darüber, wem und durch wen gültig gezahlt werden könne (Zahlung durch Unfähige), über Wirkung der Zahlung bei mehreren Forderungen, über den Vorbehalt bei Zahlungen, über Quittung, Rückgabe, Mortifikation des Schuldinstruments, Beweiskraft und rechtliche Präsumtionen aus Quittungen und Zahlungen.

Im BGB. sind in den §§ 366, 367 über Anrechnung des Geleisteten, wenn aus mehreren Schuldverhältnissen Gleichartiges zu fordern, in den §§ 368, 369, 371 über Quittung für Leistung jeder Art und Rückgabe des Schuldscheins Bestimmungen getroffen; die §§ 366, 367 habe ihre eigentliche praktische Bedeutung nur für Zahlung. Sonst fehlen Vorschriften wie sie das ALR. getroffen; sie sind aus den Vorschriften des Allgem. Theils und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entnehmen.

5. Erfüllung ist nach § 362 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 die Leistung des Geschuldeten an den Gläubiger zum Zweck der Erfüllung. Darauf beruht auch § 363 und was § 364 über die datio in sol. bestimmt und §§ 813, 814. Der Schuldner, der verpflichtet, zu leisten, erfüllt nicht, wenn er schenken will, und der Gläubiger, der solche Leistung nicht annehmen will, kommt nicht in Verzug, weil er nicht erhält, was er zu fordern hat, nicht verpflichtet ist, als Schenkung anzunehmen, was er als sein Recht zu fordern hat. § 516 Abs. 2. Schenkung tilgt die Schuld so wenig wie Erfüllung einer Nichtschuld durch Zahlung die Schuld tilgt, wenn nicht beide Theile darüber einverstanden sind, in welchem Falle ihre Uebereinstimmung sich als Kompensationsvertrag darstellt. Vgl. den Fall StrA. 82 S. 337, Erk. a. RE. 3 Nr. 260, wo der zu Beiträgen zum Bau einer bestimmten Kirche Verpflichtete Beiträge zum Bau einer anderen Kirche geleistet hatte und dadurch seine wirkliche Pflicht getilgt zu haben meinte. In solchem Falle kann das indebite Geleistete kondizirt werden, aber das debitum ist nicht erloschen.

Daraus, daß als Erfüllung, Zahlung nur wirkt, was zum Zwecke der Erfüllung geleistet, ist auch die vom BGB. nicht behandelte Frage zu entscheiden, ob das unter Vorbehalt Geleistete als Erfüllung (Zahlung) angenommen werden muß und, wenn angenommen, als Erfüllung (Zahlung) wirkt. Das ALR. I 16 §§ 160—165 bestimmt, daß durch Zahlung ohne Vorbehalt in der Regel die Einwendungen verloren gehen, die der Zahlende dem Anderen hätte entgegensetzen können, der Vorbehalt dem Zahlenden seine Einwendungen erhält, alle oder die ausdrücklich vorbehaltene. Daraus wurde gefolgert, daß der Vorbehalt, wenn nicht anders verabredet, wie eine Resolutivbedingung für die Zahlung wirke, die Wirkung der Zahlung nicht berühre, nur das in der Zahlung ohne Vorbehalt enthaltene Anerkenntniß der Schuld beseitige, die Rückforderung durch den Nachweis der Nichtschuld zu begründen sei. OHG. 5 S. 151, 154; 19 S. 323. StrA. 81 S. 199. RG. 7 S. 182, 185. RE. 3 S. 8, 9. Eccius 1 § 91. Für die Rückforderung mit Vorbehalt gezahlten Stempels wurde dagegen in StrA. 58 S. 348, 353, RG. 26 S. 55, 56; 30 S. 174, 175 die Beweispflicht des Fiskus für die Stempelpflicht angenommen, weil die Zahlung mit Vorbehalt durch das Gesetz zur Abwendung der Verwaltungsexekution zugelassen, an der Beweislast dadurch nichts geändert sei.

Für das BGB. ist davon auszugehen, daß Leistung mit Vorbehalt soweit nicht Leistung zum Zwecke der Erfüllung der Verbindlichkeit ist, als der Vorbehalt reicht; wie weit der Vorbehalt reicht, welchen Inhalt er hat, ist konkret zu

finden; er kann die ganze oder einen Theil der Leistung betreffen. Regelmäßig bedeutet der Vorbehalt die Verwahrung dagegen, daß die Leistung auf Schuld geschehe, wie die Annahme der Erfüllung unter Vorbehalt die Verwahrung dagegen bedeutet, daß die Leistung so geschehe wie sie zu fordern. RG. 36 S. 188 (gem. R., Vorbehalt des Rechts auf Entschädigung). Erklärt der Schuldner bei Streit über die Forderung oder deren Betrag, daß er leiste, obwohl ihm zweifelhaft sei, ob er schulde, so hat das keine rechtliche Bedeutung, weil damit die Leistung zum Zwecke der Erfüllung nicht ausgeschlossen ist, obwohl dadurch die cond. ind. oder sine causa nicht ausgeschlossen ist. l. 2 pr. D. 12, 6. ObTr. 16 S. 172. Erk. a Nr. 243 RE. 2. Vorbehalt im Sinn der Verwahrung aber dagegen, daß man schulde, nimmt der Leistung den Charakter der Erfüllung im Sinne § 362; sie tilgt nicht, weil sie nicht tilgen will; sie befriedigt den Gläubiger nicht, weil sie behauptet, daß der Gläubiger ohne causa erhält, was ihm geleistet wird. Daraus folgt nothwendig, daß der Gläubiger solche Leistung nicht anzunehmen braucht, was auch nach ALR. angenommen wurde; wenn er sie aber annimmt, sie als Leistung ohne causa annimmt und deshalb der Rückforderung gegenüber den Grund dafür, daß er sie behalten darf, ebenso beweisen muß wie bei der cond. causa data n. s. OHG. 8 S. 174, RG. 17 S. 214. Eccius 1 §§ 91, 79. Vgl. Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung, 1899. Schollmeyer zu § 362 unter 1. Eccius in Gruchot Bd. 42 S. 30 und anders Stölzel, Schulung Bd. 2 S. 97.

Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß wie in RG. 7 S. 185 angenommen, der eine Bürge sich auf die von dem anderen (Mitbürgen) unter Vorbehalt geleistete und vom Gläubiger angenommene Zahlung berufen darf, §§ 769, 422, weil der Gläubiger vor der Entscheidung über den Vorbehalt von dem Zahlenden und seinem Mitschuldner keine Erfüllung fordern darf, und daß Zahlung mit Vorbehalt die Verjährung nach § 202 hemmt.

Wo der Schuldner vorläufig leisten muß, weil er dem richterlichen oder administrativen Zwange unterliegt, wie bei vorläufig vollstreckbarem Urtheil, oder im Falle § 36 des Enteign.Ges. v. 11. Juni 1874, versteht sich der Vorbehalt für die nicht freiwillige Leistung von selbst; die Leistung schließt deshalb weder die Einlegung des Rechtsmittels noch die Rückforderung aus. So schon früher OHG. 12 S. 124, StrA. 83 S. 185, Erk. b Nr. 261a RE. 3, ObTr. 52 S. 96. Darauf beruhen CPO. § 717 und die Vorschriften über Urtheile unter Vorbehalt der Rechte in den §§ 302, 540, 541, 599, 600, 780. Anders bei freiwilliger Leistung nach Klageerhebung. OHG. 12 S. 124.

Zu beweisen hat den Vorbehalt der Schuldner, der daraus Rechte herleitet und die Wirkung der Leistung beseitigen will. Vgl. RG. 29 S. 116, 119.

6. Um die Tilgung zu bewirken, setzt die Leistung ferner voraus, daß sie die geschuldete Leistung an den Gläubiger leistet. RE. 3 Nr. 260. Was geschuldet und was zur Erfüllung erforderlich, wird durch den Inhalt des Schuldverhältnisses und durch das Gesetz zur Zeit der Erfüllung bestimmt. In Betracht kommen Gegenstand, Ort, Zeit, §§ 241, 266, 269, 270, 271, 272, außerdem bei Zahlungen für die Frage, was als Zahlung angenommen werden muß, die §§ 244, 245 und die Ergänzungen dazu oben S. 32 ff. Wird so geschuldet, daß der Gläubiger nur befriedigt wird, wenn er behalten darf, was ihm geleistet, so liegt Er-

füllung nur unter dieser Voraussetzung vor. Deshalb ist Spielschuld nicht erfüllt, wenn der Gewinner den auf die Spielschuld erhaltenen Wechsel im Regreßwege wieder einlösen muß. Vgl. zu § 762. Theilerfüllung, wenn sie angenommen, tilgt das Schuldverhältniß theilweise, ebenso die am unrechten Ort und zur unrechten Zeit geleistete und angenommene Erfüllung, läßt aber unberührt die Ansprüche auf das Interesse und daraus, daß es bei der Theilleistung verbleibt, die erwartete vollständige Leistung ausbleibt.

Wesentlich ist, daß an den Gläubiger geleistet wird, § 362 Abs. 1, ALR. I 16 §§ 30—39, deshalb macht der auf Erfüllung Beklagte den Mangel des Klagerechts oder der Legitimation immer recht eigentlich aus eigenem Recht geltend. Gläubiger ist, für den das Schuldverhältniß ursprünglich begründet und seine Rechtsnachfolger, singuläre oder universale, Erben, Cessionare und der, dem der Anspruch auf Erfüllung durch den Richter in der Zwangsvollstreckung überwiesen ist, CPO. §§ 835 ff. Der Erbe muß sich als solcher legitimiren und nach §§ 2366, 2367 tilgt der Schuldner durch Leistung an den durch gerichtlichen Erbschein legitimirten Erben das Schuldverhältniß, auch wenn derselbe nicht der wahre Erbe, falls er in gutem Glauben war.

Auch nach BGB. versteht sich dagegen von selbst, daß durch Leistung an den durch gefälschte Cession legitimirten Cessionar das Schuldverhältniß nicht erlischt §§ 409, 410. OHG. 2 S. 306. Immer ist vorausgesetzt, daß der Gläubiger, an den erfüllt wird, über das Schuldverhältniß, das durch die Erfüllung getilgt werden soll, wirksam verfügen kann; in der Annahme der Erfüllung liegt eine Verfügung über den Anspruch. Darum ist grundsätzlich unwirksam die Erfüllung an den geschäftsunfähigen oder nur beschränkt geschäftsfähigen Gläubiger, ALR. I 16 § 36, BGB. §§ 105, 107—113, 114, C. c. art. 1241, SBGB. § 693, wenn nicht die Erfüllung gerade an seine Person Inhalt des Schuldverhältnisses (Unterricht, ärztliche Behandlung), oder nach dem Inhalt der Leistung für die Frage der Erfüllung der Mangel der Geschäftsfähigkeit nicht in Betracht kommt (Dienstleistungen, Werkleistung). Zahlung kann wirksam nie an den geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Gläubiger erfolgen, wenn nicht die §§ 112, 113 anzuwenden, oder das Gezahlte an den gesetzlichen Vertreter oder sonst in das Vermögen des Unfähigen gelangt ist oder ihn bereichert. Vgl. Bd. 1 S. 104, 107, 108. RG. 32 S. 319, 111, 112, 113, 114. § 812.

Erfüllt kann ferner an den Gläubiger nicht werden, wenn er nicht verfügen darf, weil er im Konkurse ist, §§ 6, 7 Abs. 3, § 8 Konk.O. (Zahlung nach oder vor der öffentlichen Bekanntmachung des Konkurses), RG. 38 S. 40, oder weil sein Anspruch aus dem Schuldverhältniß gepfändet ist. §§ 829, 916, 928, 930 CPO. Ueber Erfüllung an mehrere Gläubiger vgl. zu §§ 420 ff., 428 ff.

7. An den Gläubiger wird erfüllt, wenn ihm in der Person eines Dritten, durch Leistung an einen Dritten, geleistet wird. § 362 Abs. 2. RG. 13 S. 4, 5. Das ist nach BGB. wie nach allen Rechten der Fall, wenn der Dritte sein gesetzlicher Vertreter für das Schuldverhältniß und dessen Erfüllung, wenn er denselben zur Empfangnahme der Leistung bevollmächtigt oder den Schuldner angewiesen, ermächtigt hat so zu erfüllen, wenn der Dritte nach dem Gesetz als bevollmächtigt gilt, und von selbst versteht sich, wie nach jedem Recht, daß die Leistung auch an den Unberechtigten gegen den Gläubiger wirkt, wenn ihm durch

den Unberechtigten abgeliefert ist, was er zu fordern hat. Hierher gehört Leistung an den Vormund, an den Konkursverwalter, Konk.O. §§ 117, 137, 170, die Leistung an den Gerichtsvollzieher, CPO. §§ 754, 755, 815, 819. Wie die Leistung an Nießbraucher und Pfandgläubiger wirkt, darüber bestimmen die §§ 1074, 1077, 1060 BGB. (Nießbrauch), und die §§ 1247, 1255, 1281, 1282, 1291 BGB. (Pfandgläubiger).

Ob der Bevollmächtigte ohne ausdrückliche Ermächtigung zur Empfangnahme der Leistung, wie sie das ALR. I 13 § 105 forderte, zu solcher Empfangnahme legitimirt, ist nach den zu §§ 164 ff. entwickelten Grundsätzen zu finden. Vgl. Bd. 1 S. 260, 267 und CPO. § 81 (Prozeßbev.). Nach § 370 BGB. gilt wie in § 130 I 13 ALR. unter bestimmter Voraussetzung, und wie nach dem gestrichenen durch § 370 ersetzten Art. 296 HGB. I der Ueberbringer einer Quittung (quittirten Wechsels) als ermächtigt, die Leistung (Zahlung) zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen. Der Ueberbringer von Waare und unquittirter Rechnung kann nicht als ermächtigt angesehen werden, die Zahlung zu empfangen, was der in HGB. II gestrichene Art. 51 HGB. I ausdrücklich sagte. Auch im Auftrage zum Protest mit unquittirtem Wechsel liegt nicht Ermächtigung zur Einziehung der Wechselsumme.

Ob der Ueberbringer der Quittung sie vom Gläubiger zur Einziehung erhalten oder gefunden, gestohlen, unterschlagen hat, ist an sich unerheblich; echt muß die Quittung natürlich sein; der Verkehr, in dessen Interesse die Vorschrift erlassen, fordert vorsichtiges Umgehen mit Quittungen, und das Gesetz läßt mit Recht den Schaden den tragen, der die Quittung aus den Händen gegeben oder ungenügend verwahrt hat, nicht den Schuldner, der auf die Quittung hin gezahlt hat und vertrauen durfte, daß der Ueberbringer die Quittung zur Einziehung erhalten habe, durch die Quittung legitimirt sein sollte. Das Vertrauen kann unberechtigt sein, wenn die Umstände es nicht rechtfertigen, ausschließen oder auch nur bedenklich machen. Dazu kann Anlaß geben die Person des Ueberbringers, seine Erscheinung, daß er unbekannt, der Kontext der Quittung, der Betrag, wenn der Schuldner annehmen kann, der Gläubiger werde solchen Betrag selbst erheben, oder weiß, daß der Gläubiger solchen Betrag immer selbst erhoben hat, der dem Schuldner bekannte Umstand, daß bei dem Gläubiger gestohlen ist, oder daß der Gläubiger dem Ueberbringer sonst kein Vertrauen geschenkt hat, u. a. Vgl. RG. 29 S. 212, 216. Es kommt alles auf die konkreten Umstände an. Regelmäßig wird der Schuldner auf Quittungsblankett nicht leisten dürfen. Blankett ist nicht Quittung, und wenn der Schuldner nicht annehmen darf, daß der Gläubiger dem Schuldner die Ermächtigung zur Ausfüllung ertheilt hat, handelt er immer unvorsichtig, wenn er auf Blankett leistet und die Ausfüllung dem Ueberbringer anvertraut. Vgl. OHG. 11 S. 32.

Von selbst versteht sich ferner, daß dem Ueberbringer der Quittung nicht mehr gezahlt werden darf, wenn dem Quittirenden selbst nicht mehr gezahlt werden darf (Konkurs). Auch der dritte Nichtschuldner kann dem Ueberbringer zahlen, dadurch den Schuldner aber nur unter den Umständen befreien, unter denen der Schuldner Befreiung hätte in Anspruch nehmen können, d. h. also nicht, wenn der Schuldner nach den Umständen nicht hätte zahlen dürfen. Ermächtigt zur Empfangnahme der Leistung im Handelsgewerbe ist der Prokurist, in der Regel der Handlungsbevollmächtigte, insbesondere der Handlungsreisende nach HGB. II §§ 49,

54, 55, 87, der Angestellte in offenen Läden oder Waarenlagern, § 56 das., der Handlungsagent nur mit besonderer Ermächtigung. § 86 daselbst. Vgl. OHG. 1 S. 149, 4 S. 294, 6 S. 400, 9 S. 104, 12 S. 7, 9, 13 S. 210, 15 S. 405.

Ueberall, wo an einen Bevollmächtigten geleistet, muß natürlich so geleistet werden, daß dem Gläubiger geleistet wird. Darum lag keine Erfüllung vor in OHG. 13 S. 230, wo der Schuldner dem Bevollmächtigten zum Zwecke der Erfüllung einen Wechsel an Ordre des Bevollmächtigten gegeben hatte. Vgl. § 816. Von Erfüllung durch Zahlung an den Bevollmächtigten ist auch nicht zu reden, wenn an diesen gezahlt ist, was der Machtgeber nicht gefordert und nicht zu fordern hat. Dann handelt es sich um die ganz andere Frage, ob durch Zahlung an den Bevollmächtigten eine Forderung gegen den Machtgeber begründet ist. Vgl. RG. 29 S. 212, 35 S. 318.

8. Keine Erfüllung ist grundsätzlich Leistung an den Nichtgläubiger oder den, der für den Gläubiger zu empfangen nicht berechtigt ist, Leistung an den Nichtbevollmächtigten, an den durch gefälschte Cession Legitimirten, an den Geschäftsführer ohne Auftrag. Solche Leistung wirkt abgesehen von dem Falle der Ablieferung des unbefugt Erhobenen an den Gläubiger, da sie in der Person des Empfängers dem Gläubiger nicht geleistet wird, nach § 362 Abs. 2 und § 185 erst durch die Genehmigung Seitens des Gläubigers, oder dadurch, daß der Empfänger nachher selbst der Gläubiger wird, durch universale oder singulare Succession, oder durch den Gläubiger so beerbt wird, daß der Gläubiger für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. §§ 1993 ff. Neues Recht sind diese Sätze nicht. Vgl. Bd. 1 S. 287, 288 zu § 185. W. 2 § 342 unter 6. SBGB. § 470, § 570 Satz 2. So lange der Gläubiger die neg. gestio nicht genehmigt hat und Genehmigung wird regelmäßig anzunehmen sein, wenn er von dem gestor als Erfüllung annimmt, was diesem geleistet, ist der neg. gestor allein der Besitzer und deshalb auch allein für die Rückforderung passiv legitimirt. Vgl. OHG. 2 S. 301, RG. 19 S. 332, 336; oben Bd. 1 S. 279 und zu §§ 677 ff. über die Klage des Gläubigers gegen den neg. gestor, der die Forderung unbefugt eingezogen hat. Leistung an den Gläubiger des Gläubigers ist Leistung an den Nichtgläubiger, die, wenn sie nicht nach § 185 konvalescirt, für den Schuldner nichts bewirkt, als einen Anspruch aus neg. g. und Bereicherung, mit dem er aufrechnen kann. StrA. 97 S. 338.

9. Auch nach BGB. giebt es Fälle, in denen die Leistung an den Nichtgläubiger gegen den Gläubiger wirkt, § 816, weil der Schuldner berechtigt, den Nichtgläubiger als seinen Gläubiger anzusehen, insbesondere der Gläubiger die Zahlung an den Nichtgläubiger verschuldet hat. C. c. art. 1240. Abgesehen von der Zahlung auf Ordre- und Inhaberpapiere, § 808 Abs. 1, und an den durch Erbschein legitimirten falschen Erben, § 2367, gehört hierher der Fall der Zahlung an den früheren Bevollmächtigten nach dem Erlöschen der Vollmacht ohne Kenntniß des Schuldners von dem Erlöschen, §§ 169 ff., vgl. Bd. 1 S. 272 ff., OHG. 4 S. 294, 302, 13 S. 194, OHG. 4 S. 294, 302; die Zahlung an den bisherigen Gläubiger nach Abtretung der Forderung nach §§ 407 ff. und in den ähnlichen Fällen der §§ 720, 1473, 2019, 2041, 2111, vgl. zu §§ 407 ff., — ferner die Zahlung an den bisherigen Vereinsvorstand nach Aenderung des Vorstands nach § 68, und ähnliche Fälle, in denen die Aenderung des Gläubigerrechts oder der Vertretungsbefugniß dem Schuldner nicht anzurechnen, §§ 1148, 1682 (1686), 1683, 1893 (1897, 1915).

HGB. II § 15, § 25. Vgl. auch Konk.O. § 8 (Zahlungen nach der Konkurseröffnung). Auch die Zahlung an den unberechtigten Quittungsüberbringer, § 370, ist hierher zu rechnen, ferner Zahlung an einen Nichtbevollmächtigten, wenn der Gläubiger in anderen Fällen Zahlung an denselben stillschweigend genehmigt und den Schuldner dadurch in den Irrthum über die Befugniß des Empfängers versetzt hat, OHG. 9 S. 104, 13 S. 211, 212. Noch anders liegen die in RG. 29 S. 212, 35 S. 318 behandelten Fälle der Uebersendung nicht geforderten Geldes durch die Post und Auslieferung der Sendung auf Grund Postvollmacht an eine zur Empfangnahme berechtigte Person, die sie unterschlägt.

10. solutionis causa adjectus. Im Anschluß an das gem. R., W. 2 § 342[34], behandelt das ALR. I 16 §§ 31—33 den Fall, daß durch Vertrag dem Schuldner das Recht eingeräumt ist, an den Gläubiger oder einen Anderen, außer an den Gläubiger auch an einen Anderen, zu zahlen; solches Recht soll dem Schuldner außer wegen veränderter Umstände ohne Entschädigung nicht genommen werden können. Der Fall hat weder mit der Anweisung auf Schuld, ALR. I 16 §§ 256, 275, 276, BGB. §§ 783, 787, 788, 789, 790, noch mit der Uebernahme einer persönlichen Schuld des Verkäufers durch den Käufer in partem pr. etwas zu thun, durch welche der Käufer an Stelle baarer Zahlung seiner Schuld die Verpflichtung übernimmt, den Gläubiger des Verkäufers zu befriedigen, BGB. § 415 Abs. 3, obwohl ihm aus dieser Verpflichtung zugleich das Recht erwächst, die Zahlung an einen anderen Gläubiger des Verkäufers abzulehnen, der sich das Kaufgeld überweisen läßt, das durch die Schuldübernahme getilgt werden sollte. ObTr. 20 S. 173. Auch SBGB. § 692 trifft Bestimmung für den Fall, daß vertragsmäßig die Erfüllung an einen Dritten als Zahlungsempfänger erfolgen soll; der Schuldner soll selbst wider den Willen des Gläubigers an den Dritten erfüllen dürfen, die Bestellung eines solchen Zahlungsempfängers sich nur erledigen, wenn der Dritte stirbt oder der Schuldner es zur Klageerhebung kommen läßt.

Das BGB. schweigt wie der C. c. über das Rechtsinstitut, durfte es auch, weil seine allgemeinen Grundsätze kein Bedenken darüber lassen, daß durch Vertrag bei Begründung des Schuldverhältnisses oder nachher dem Schuldner das Recht eingeräumt werden kann, durch Leistung an einen Dritten zu erfüllen, ein Recht, das ihm willkürlich nicht entzogen werden kann, auf seine Erben übergeht, gegen die Erben des Gläubigers und dessen Gläubiger wirkt, den Dritten nicht zum Gläubiger macht, nur zum Empfangsberechtigten, mit dem Tode des Dritten deshalb fortfällt. Unter welchen Umständen es sonst fortfällt, ob z. B. bei Vermögensverfall des Dritten, l. 38 pr. D. 46, 3, oder wenn der Schuldner es zur Klage kommen läßt, hängt von der Sachlage des einzelnen Falles, namentlich davon ab, welche Umstände und Interessen dazu geführt haben, dem Schuldner das Recht der Leistung an den Dritten einzuräumen. Allgemeine Rechtssätze lassen sich darüber ebenso wenig aufstellen wie über die Unwiderruflichkeit einer Vollmacht im Interesse des Bevollmächtigten.

11. Der § 362 Abs. 1 sagt nichts darüber, durch wen die Leistung bewirkt werden muß. Erfüllung durch die Person des Schuldners ist nur soweit erforderlich, als die Leistung durch seine Person erforderlich ist, um dem Gläubiger die geschuldete Erfüllung zu verschaffen, § 267 Abs. 1. Das ist regelmäßig beim Dienstvertrage der Fall, kann sich aber auch sonst aus der Natur des Vertrages und daraus ergeben, daß bei der Begründung des Schuldverhältnisses auf die Leistung gerade

durch diesen Schuldner Gewicht gelegt ist. (Auftrag, Werkverdingung, Verwahrung, Leihe.) Sonst erfüllt der Schuldner wirksam durch einen Dritten, den er beauftragt, bevollmächtigt, und ein Dritter kann auch in Geschäftsführung ohne Auftrag in seinem Namen und für ihn erfüllen. Die Erfüllung durch den Beauftragten ist Erfüllung durch den Schuldner, kann deshalb nur gegen den Schuldner oder den befriedigten Gläubiger angefochten werden, RG. 35 S. 26, wo der Buchhalter, der für seinen Prinzipal aus Gefälligkeit Wechsel acceptirt, von seinem Prinzipal nach dessen Zahlungseinstellung Geld zur Einlösung des Accepts erhalten und verwendet hatte und nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Prinzipals auf Rückzahlung des erhaltenen Geldes zur Konkursmasse verklagt wurde.

Erfüllung in Geschäftsführung ohne Auftrag tilgt, wenn sie angenommen, nach § 267 die Forderung. In RG. 25 S. 233 hatte der Agent einer Lebensversicherungsgesellschaft die fällige Prämie im Interesse des Versicherten, der sein Recht sonst verloren hätte, aus eigenen Mitteln bezahlt. Der Berufungsrichter erklärte die Zahlung für unwirksam, weil der Agent Beauftragter der Gesellschaft. Das RG. hat dies reprobirt, weil rechtlich nichts im Wege steht, daß der Beauftragte zugleich im Interesse der Gesellschaft und eines Dritten handelte. Vgl. zu §§ 677 ff. Nach § 267, vgl. oben S. 79 unter 68, tilgt Leistung durch einen nicht verpflichteten Dritten das Schuldverhältniß auch abgesehen von neg. g. selbst wider den Willen des Schuldners wie nach gem. R., ALR. I 16 §§ 43, 51, SBGB. § 690, C. c. art. 1236, 1237, vorausgesetzt, daß der Gläubiger durch die Leistung des Dritten die Erfüllung erhält, die er vom Schuldner fordern kann, vor allem also, daß der Dritte die fremde Schuld als solche, nicht etwa eigene Schuld tilgen will.

Der Gläubiger darf durch die Erfüllung Seitens des Dritten nicht schlechter gestellt werden, braucht deshalb Erfüllung vor der Zeit so wenig zu nehmen wie Theilerfüllung, §§ 266, 271, wo dies dem Schuldner nicht gestattet, noch weniger sich Hinterlegung, Aufrechnung, datio in sol. gefallen zu lassen. Nur durch Vertrag zwischen dem Dritten und dem Gläubiger kann der Schuldner wider seinen Willen auch durch dat. in sol., Aufrechnung, Schuldübernahme, Umschaffung befreit werden. Vgl. OHG. 2 S. 121, 4 S. 217, 252; 5 S. 36, 67, 70, 126; 8 S. 387, 390; 18 S. 309. StrA. 80 S. 84, 80 S. 73. Die Wirkung der Erfüllung durch den Dritten reicht nicht weiter, als die Erfüllung durch den Schuldner. Für den Dritten entstehen aus der Erfüllung Rechte gegen den Gläubiger so wenig wie der Dritte aus der Nichtannahme der Erfüllung Rechte gegen den Gläubiger erwirbt.

Das Eintrittsrecht des ALR. I 16 § 46, C. c. art. 1250 Nr. 2, hat das BGB. beseitigt. Vgl. zu §§ 267, 268. Deshalb kann auch der Dritte, der Pfandschuld zahlt, die Herausgabe des Pfandes von dem befriedigten Gläubiger an sich selbst nicht fordern, CPO. § 838, vielmehr kann sich der Gläubiger durch Ausantwortung des Pfandes an den Dritten dem Verpfänder verantwortlich machen. § 1223 Abs. 1. RG. 7 S. 194. Wenn der Dritte im Auftrage des Schuldners zahlt, der verpfändet hat, wird darin die Ermächtigung zur Empfangnahme des Pfandes wie der Quittung und des Schuldscheins, §§ 368, 371, zu finden sein. Quittung kann nach § 368 auch der Dritte fordern. Daß § 267 auf Leistung durch einen Dritten im Namen und Auftrage des Schuldners überhaupt keine Anwendung findet, darauf ist zu § 267 hingewiesen, ebenso darauf, daß die Wirkung der Erfüllung durch den Dritten im Verhältniß zu dem befreiten Schuldner nur aus dem

Rechtsverhältniß zwischen Beiden zu entnehmen (Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag), das möglicherweise jeden Anspruch ausschließt, weil der Dritte dem Schuldner gegenüber zur Zahlung verpflichtet ist, oder ihm schenken will. Vgl. StrA. 78 S. 26, 87 S. 268, 81 S. 175, wo der Käufer eines Grundstücks die Zahlung einer nicht übernommenen Hypothek aus dem schuldigen Kaufpreis, der Pächter die Zahlung von Pfandbriefszinsen aus dem Pachtzins übernommen hatte. Vgl. zu § 1143. Uebrigens kann die Zahlung fremder Schuld Schenkung an den Gläubiger sein, wenn die Forderung nicht beizutreiben. RG. 10 S. 86, 29 S. 1. § 3 Nr. 3 AnfechtGes. v. 21. Juli 1879.

Daß Hinterlegung durch den Dritten der Erfüllung nicht gleichsteht, ist zu § 267 bemerkt. Vgl. Art. 48 WO., der jedem Wechselschuldner das Recht giebt, vom Wechselinhaber die Auslieferung des quittirten Wechsels und des Protestes gegen Erstattung der Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten zu fordern, und damit die Möglichkeit der Hinterlegung und Aufrechnung ausdrücklich ausschließt. Uebrigens braucht nach WO. Art. 62, 63 der Wechselgläubiger Zahlung durch einen Dritten, der nicht im Wechselverbande steht, nicht zu nehmen, wenn sie nicht interveniendo zu Ehren eines Regreßpflichtigen erfolgt.

Im Konkurse gilt nach der KonkO., anders als nach § 11 der Preuß. KonkO., nichts anderes, als außerhalb des Konkurses. Befriedigung des Konkursgläubigers durch einen Dritten tilgt die Forderung, wenn der Gläubiger dem Dritten nicht cedirt.

12. Das ALR. I 16 § 41 sagt, daß die von einem Unfähigen geleistete Zahlung insoweit gültig, als er sich dadurch von einer Verbindlichkeit befreit hat, und bestimmt in § 171 das., daß bei Zahlung vor der Fälligkeit ihm Zwischenzinsen zu vergüten sind. Der § 689 SBGB. läßt die Kondiktion des Geleisteten für den gesetzlichen Vertreter des Unfähigen soweit zu, als der Gläubiger der Zeit oder dem Gegenstande nach mehr erhalten hat, als er fordern konnte.

Für das BGB. ist die Entscheidung der Frage, ob und mit welcher Wirkung der geschäftsunfähige und beschränkt geschäftsfähige Schuldner durch seine Leistung das Schuldverhältniß tilgen kann, aus den allgemeinen Grundsätzen in den §§ 104 ff. zu entnehmen. Vorausgesetzt ist immer, daß ein Schuldverhältniß wirksam begründet ist; Leistungen auf ein unwirksames Schuldverhältniß unterliegen immer der Rückforderung aus Leistung ohne Rechtsgrund. §§ 812 ff. So lag RG. 32 S. 319. OHG. 21 S. 215. ObTr. 42 S. 84. Ist durch den Willen des gesetzlichen Vertreters für den Geschäftsunfähigen oder mit Einwilligung, Genehmigung des gesetzlichen Vertreters für den beschränkt Geschäftsfähigen ein Schuldverhältniß begründet, so kann in beiden Fällen das Geschäft auf Leistung durch den Schuldner selbst, nicht den Vertreter, angelegt sein, z. B. bei Dienstverträgen; dann versteht sich von selbst, daß die Leistung des Schuldners nöthig und ausreichend zur Tilgung, wie zum Erwerb der Gegenleistung. In den §§ 112, 113 versteht sich ebenso von selbst, daß der Minderjährige das wirksame Rechtsgeschäft auch wirksam durch eigene Erfüllung lösen kann; in § 110 folgt es aus dem Gesetz.

In allen anderen Fällen ergiebt sich aus § 105 Abs. 1, § 107, § 812 Abs. 1, daß der Gläubiger die Leistung des Schuldners als Erfüllung nicht anzunehmen braucht und nicht wirksam annehmen kann, die Leistung erst durch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters als Erfüllung wirkt. Aber der Gläubiger, der die

Leistung angenommen, kann, da das Gesetz nur den Schutz des Unfähigen will, nie gegen ihn geltend machen, daß nicht erfüllt sei, wenn er erhalten, was ihm durch den gesetzlichen Vertreter zu leisten war. Er kann nicht die Folgen des Verzuges für sich fordern. § 107. Andrerseits kann dem Gläubiger, der durch die Leistung nur erhalten, was er zu fordern, nicht vorgeworfen werden, daß er ohne rechtlichen Grund erhalten habe und deshalb nicht behalten dürfe, was er erhalten. Dem gesetzlichen Vertreter, der das Geleistete zurückfordert, würde die auch dem BGB. nicht fremde exc. doli, daß er fordere, was er sofort wieder leisten müsse, recht eigentlich entgegenstehen. § 242, § 226. Das trifft für den im ALR. und SBGB. behandelten Fall der verfrühten Leistung nicht zu; der Gläubiger hat erhalten, was er nicht zu fordern und wenn nicht inzwischen die Zeit der Leistung gekommen, fordert der gesetzliche Vertreter die Leistung mit Zinsen zurück, nicht bloß die Zwischenzinsen. Der § 813 Abs. 2, der die Rückforderung vorzeitig erfüllter betagter Verbindlichkeit und die Erstattung von Zwischenzinsen ausschließt, setzt ebenso wie § 171 I 14 ALR. Erfüllung, die als solche wirksam ist, Erfüllung durch den geschäftsfähigen Schuldner voraus.

Unwirksam ist in bestimmten Grenzen die Erfüllung durch den Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung, KonkO. §§ 6, 7, RG. 38 S. 40, und durch den Schuldner, dem die Verfügung durch Pfändung untersagt ist. Die Leistung gilt der Masse und dem Drittgläubiger gegenüber nicht als Erfüllung.

13. Nach alle dem wirkt die Leistung als Erfüllung tilgend, wenn sie durch den Schuldner (oder für ihn) an den Gläubiger (oder an ihn in der Person eines Anderen) zum Zweck der Erfüllung das leistet, was geschuldet wird. Eine juristische, rechtserhebliche Thatsache ist die Erfüllungshandlung, auch wenn sie in einem Unterlassen besteht, stets. Zum Rechtsgeschäft wird sie, wenn sie wie bei der Uebergabe überhaupt und der Zahlung insbesondere Uebereinstimmung der beiden Theile sowohl über Gegenstand, wie über Grund und Zweck der Handlung voraussetzt, weil Uebergabe und Zahlung vieldeutige Akte sind, zur Begründung, zur Tilgung von Schuldverhältnissen, zum Zwecke der Schenkung, der Darlehnshingabe, der Ausstattung, vergleichsweise geschehen kann, ihre Bedeutung durch die hinter ihr liegende causa bestimmt wird, über welche die Parteien konsentiren müssen, um das Rechtsgeschäft perfekt zu machen. OHG. 18 S. 259, 23 S. 143, 12 S. 438, 25 S. 132. OHG. 18 S. 309 (Zahlung für Rechnung eines Dritten in ihrer verschiedenen Bedeutung). Das ist namentlich erheblich für die cond. indebiti, die stets Leistung voraussetzt, die gültig wäre, wenn die Schuld bestände, während die cond. sine c. stattfindet, wo das Leistungsgeschäft mangelhaft ist.

Wenn A an B Geld giebt, um ein Accept des A einzulösen, B das Geld zu diesem Zweck an C giebt und C ein ihm von D präsentirtes Accept des B mit dem Gelde einlöst, weil er annimmt, es sei das Accept des A präsentirt, so ist zwischen C und D das Rechtsgeschäft der Zahlung nicht zu Stande gekommen, weil C eine Schuld des A tilgen, D Zahlung für Schuld des B haben wollte. OHG. 25 S. 133.

Nicht anders ist es, wenn der Gläubiger als Zahlung zur Tilgung nimmt, was der Schuldner schenken will, oder was er zur Ausführung eines Auftrages zahlt. In dem zu §§ 293 ff., oben S. 140, erörterten Falle OHG. 24 S. 64 war das

Zahlungsgeschäft nicht perfekt, weil das von dem Spieler des Looses dem Kollekteur eingesandte Geld zwar in dessen Vermögen übergegangen war, beim Mangel der Kenntniß des Kollekteurs von der Person des Einsenders des Geldes und der Schuld, die getilgt werden sollte, eine Schuld nicht getilgt war, die Zahlung ihren Zweck verfehlt hatte. Leistung an den durch gefälschte Cession Legitimirten ist keine Erfüllung der Schuld, weil nicht an den Gläubiger geleistet; Leistung durch den Nichtschuldner, der eigene Schuld zu tilgen glaubt, kann nicht Tilgung der fremden Schuld herbeiführen, sowie, worauf früher bereits hingewiesen, Erfüllung der Nichtschuld nie die Schuld tilgen kann.

Deshalb darf aber nicht gesagt werden, daß die Erfüllung durch Vertrag erfolgt. Das ist nicht einmal bei der datio in sol. der Fall, die Vertrag voraussetzt, durch den der Gegenstand der Erfüllung bestimmt wird, § 364, aber ipso jure durch die Leistung und deren Annahme wirkt. Vgl. unter 25. Wo der Schuldner durch Hinterlegung zum Zweck der Erfüllung das Schuldverhältniß lösen kann, §§ 372, 373, 378, ist der Vertragscharakter von selbst ausgeschlossen.

14. Wirkung der Erfüllung. Die Erfüllung tilgt das Schuldverhältniß, soweit die Leistung reicht, und mit dem Schuldverhältniß, wie nach allen Rechten, alle Accessorien der Forderung, namentlich Bürgschaft und Pfandrecht, §§ 769, 1252, 1259, 1278 Abs. 2; bei der Bürgschaft, § 774 Abs. 1, und in den zu § 268 erwähnten Fällen tritt die Subrogation ein. Ueber Fälle, wo Vorauszahlung als solche nicht wirkt, vgl. §§ 1123 Abs. 2, 1125, 1614. Vgl. auch die §§ 1128, 1130 über die Wirkung der Zahlung der Versicherungssumme an den Versicherten gegenüber den Hypothekengläubigern. Die Frage, wie weit die Tilgung reicht, komplizirt sich da, wo der Gläubiger mehrere gleichartige Forderungen hat und der Schuldner darauf geleistet hat oder leisten will, was nicht ausreicht, um alle Forderungen zu decken. Das gemeine Recht, W. 2 § 343, das ALR. I 16 §§ 150—159, das SBGB. §§ 977 ff., C. c. art. 1253—1256 treffen darüber Bestimmungen, die im Prinzip und im Einzelnen von einander abweichen. Die Vorschrift des BGB. in § 366 setzt nach dem Wortlaut Forderungen aus mehreren Schuldverhältnissen voraus, aber doch nur in dem unter 1 angedeuteten Sinne.

Mehrere Schuldverhältnisse liegen nicht bloß vor, wenn mehrere Forderungen aus mehreren Rechtsgründen entstanden sind, — Forderung aus Miethe (Pacht) und Forderung aus Kauf, Forderung aus mehreren Käufen, — sondern auch dann, wenn aus demselben Schuldverhältniß (Rechtsgrund) mehrere selbständige Forderungen erwachsen sind, z. B. aus demselben Miethsvertrage, Leibrentenvertrage, die Forderungen auf die mehreren einzelnen, zu verschiedenen Zeiten fälligen Miethsraten, oder Leibrenten u. a.

Im Gegensatze dazu stehen die Theile einer und derselben Forderung, desselben Kaufpreises, derselben Miethsrate, Theilleistungen im Sinne des § 266, auf die § 366 sich nicht bezieht. Der § 367 betrifft die mehreren Ansprüche auf Kapital (Hauptleistung) einerseits und Zinsen und Kosten andrerseits, die vermöge ihrer accessorischen Natur wirthschaftlich als eine Forderung betrachtet werden, obwohl sie selbständig nebeneinander bestehen können, wie z. B. vorbedungene fällige Zinsen neben dem nicht fälligen Kapital, und die Kosten, die aus einem anderen Schuldverhältniß (dem Rechtsstreit) entstehen, aber dem Anspruch auf Kapital und Zinsen accessorisch dadurch hinzutreten, daß sie durch die Geltendmachung des Hauptanspruchs auf Kapital und Zinsen oder die Zinsen entstanden sind.

Für diesen letzteren Fall schreibt § 367 in Uebereinstimmung mit ALR. I 16 §§ 153, 154, SBGB. § 977 Satz 2, C. c. art. 1254 und abweichend von Entw. I § 268 vor, daß eine auf Kapital, Zinsen und Kosten geleistete, nicht Alles deckende Leistung zuerst auf die Kosten, dann auf die Zinsen, an letzter Stelle auf das Kapital (Hauptleistung) anzurechnen ist, der Schuldner eine andere Anrechnung nicht bestimmen, der Gläubiger bei solcher Bestimmung die Annahme ablehnen kann, ohne in Verzug zu gerathen. Daß die Vorschrift keine von § 266 abweichende Vorschrift enthält, darüber vgl. zu § 266. Der Gläubiger der Kapital und Zinsen, vorbedungene oder Verzugszinsen, zu fordern hat, braucht das Kapital ohne Zinsen nicht zu nehmen und zu quittiren. ObTr. 50 S. 205.

Selbstverständlich können Gläubiger und Schuldner sich ausdrücklich oder stillschweigend über eine andere Anrechnung einigen, solche Einigung wird aber ausgeschlossen durch Annahme unter Vorbehalt oder Protest gegen die verlangte Anrechnung; solch Protest wahrt dem Gläubiger sein Recht auf die gesetzliche Anrechnung. Die cond. so geleisteter Zahlung ist ausgeschlossen, da der Gläubiger immer suum recipit. Zinsen sind vorbedungene und Verzugszinsen; ihre Natur als Zinsen wird dadurch nicht geändert, daß sie durch Urtheil zugesprochen. ObTr. 58 S. 157. Auf verjährte und nicht versprochene Zinsen ist ohne ausdrückliche Zustimmung des Schuldners die Anrechnung nicht statthaft. § 222 Abs. 2. StrA. 13 S. 1, 37 S. 329. Auch nach BGB. setzt die Anrechnungsbefugniß des Gläubigers in § 367 wie in § 366 klagbare, nicht verjährte Forderung voraus. Der § 367 gilt auch dem nach §§ 267, 268 leistenden Dritten gegenüber, nach § 48 KonkO. auch im Konkurse, ebenso nach § 12 des Zwangsversteigerungsges. vom 24. März 1897, und in der Zwangsvollstreckung nach der CPO. versteht sich die Anrechnungsbefugniß des Gläubigers von selbst. Von Bestimmung durch den Schuldner ist dabei überhaupt nicht zu reden.

Hat der Gläubiger mehrere selbständige Forderungen mit accessorischen Nebenansprüchen an Zinsen oder Kosten, so kann er auf Grund des § 367 nicht etwa fordern, daß die Leistung an erster Stelle auf die Zinsen (Kosten) aller Forderungen angerechnet wird, vielmehr ist immer festzustellen, auf welche Hauptforderung die Zahlung geleistet oder anzurechnen, und nur für die Accessorien dieser einen Hauptforderung kommt § 367 in Betracht. Vgl. RG. 40 S. 322 zu C. c. art. 1254.

15. Hat der Gläubiger mehrere selbständige gleichartige Forderungen, die der Schuldner erfüllen muß, weil sie fällig, oder nach § 271 Abs. 2 erfüllen darf, so hat nach dem vom ALR. abweichenden, mit dem SBGB. und dem C. c. übereinstimmenden, billigen und richtigen Prinzip des § 366 der Schuldner das Recht zu bestimmen, welche Forderung getilgt sein soll, wenn seine Leistung nicht ausreicht, alle zu tilgen. Die Bestimmung muß dem Gläubiger oder dem gegenüber, an den wirksam erfüllt werden kann, erklärt werden und zwar mit Rücksicht auf Abs. 2 § 366 bei der Leistung, oder in unmittelbarem Anschluß an dieselbe; sie kann ausdrücklich erfolgen, auch aus den Umständen folgen, z. B. daraus, daß der Schuldner, der Darlehn und Kaufpreis schuldet, nach Erhalt der Rechnung über die Waare den Betrag der Rechnung zahlt. Dernburg BR. Bd. 2 § 117 unter II 2. Der Gläubiger, der die so bestimmte Leistung nicht annimmt, geräth in Verzug; nimmt er sie an, so hat sein gleichzeitiger oder nachfolgender Protest gegen die Be-

stimmung keine rechtliche Bedeutung; der Gläubiger kann sich willkürlich keine Lage schaffen, die der Schuldner nicht will. Nachträgliches Einverständniß des Schuldners ist möglich und wirkt wie Vertrag über die Anrechnung. Solch Vertrag über die Anrechnung wird weder durch § 366, noch durch eine andre Vorschrift des BGB. ausgeschlossen; der Schuldner kann auf das lediglich ihm dienende Recht aus § 366 verzichten wie regelmäßig auf jedes andere Recht. Solcher Vertrag ist gewiß zuläsig bei Begründung des oder der Schuldverhältnisse, aber auch nachher, vor und bei der Leistung, und selbst nach der Leistung, nur daß durch Abrede nachher die rechtlichen Folgen der durch die Leistung erfolgten Tilgung zum Nachtheil Dritter, z. B. des Bürgen oder des Verpfänders nicht geändert werden können. RG. 29 S. 110. StrA. 17 S. 151. ObTr. 16 S. 181 zu § 768 Abs. 2. Ist die Abrechnung durch Vertrag der Parteien vor der Leistung bestimmt, so ist abweichende Bestimmung durch den Schuldner bei der Leistung nicht Ausübung seines Rechts aus § 366 Abs. 1, durch welche die vertragswidrig bestimmte Schuld getilgt wird, sondern Vertragsverletzung, durch die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Schuldner kein Recht erlangen, der Gläubiger sein Recht auf die vertragsmäßige Anrechnung nicht verlieren kann, wenn er es nicht durch Einverständniß mit der Bestimmung des Schuldners aufgiebt. Der Gläubiger wahrt sich sein Recht durch Ablehnung der Annahme oder Annahme unter Vorbehalt, Verwahrung, Protest. Anders Planck Anm. 1 zu § 366 mit einer offenbar ganz fehl gehenden Begründung.

Trifft der Schuldner oder wer für ihn im Auftrage oder ohne Auftrag oder auf Grund § 267 leistet, die ihm zustehende Bestimmung bei der Leistung nicht, behält er sie sich z. B. nur vor, und liegt keine ausdrückliche oder stillschweigende Abrede vor, die auch vorliegen kann, wenn der Schuldner die Leistung vor der Leistung ankündigt, so tritt nach § 366 Abs. 2, abweichend von dem bisherigen Recht, nicht die Bestimmung durch den Gläubiger ein, sondern das Gesetz selbst beseitigt die Unsicherheit durch die Vorschrift in § 366 Abs. 2; dabei ist wohl von dem Gedanken ausgegangen, daß so anzurechnen, wie ein verständiger billig denkender Schuldner bestimmt haben würde, wenn er bestimmt hätte. l. 97 D. 46, 3. Darum wird zuerst auf die Schuld verrechnet, die erfüllt werden muß, weil sie fällig ist und Leistung verlangt werden kann; wenn alle fällig, auf die Schuld, auf deren Berichtigung dem Gläubiger voraussichtlich zuerst bestehen würde, weil sie nicht durch Bürgschaft, Pfand, Hypothek oder Mitschuldner gesichert, obwohl hier ebenso gut gesagt werden könnte, der verständige Schuldner werde zuerst auf Befreiung des Bürgen, des Pfandes bedacht sein; wenn alle gleiche Qualität haben, auf die Schuld, die der Schuldner voraussichtlich zuerst bestimmt hätte, weil sie ihm am lästigsten, unbequemsten (durior causa); wenn solch Anhalt nicht vorhanden, auf die Schuld, die die älteste, und wenn jeder andere Anhalt fehlt, auf alle verhältnißmäßig. Dabei können mancherlei Zweifel entstehen, so darüber, ob für den Gläubiger eine der kurzen Verjährung unterliegende Forderung unsicherer, als eine der ordentlichen unterliegende, was mit StrA. 61 S. 139 zu bejahen. Lästiger, unbequemer ist für den Schuldner die verzinsliche gegenüber der unverzinslichen, die, für die er im Verzuge, gegenüber der noch nicht eingeforderten, die eingeklagte, die vollstreckbare, die Judikatforderung, § 980 SBGB., wo auch die durch Pfand oder Bürgschaft gesicherte als für den Schuldner durior abweichend von § 366 Abs. 2 behandelt.

Streit besteht darüber, ob für das Alter der Schuld die Entstehung oder die Fälligkeit entscheidend; aber für Schuldner und Gläubiger kommt es wirthschaftlich

nicht auf die Zeit der Entstehung, sondern auf die Zeit der Fälligkeit und darauf an, die am längsten rückständige abzustoßen. In OHG. 22 S. 65 schuldete der Prinzipal dem Gehülfen Salair und Darlehn und hatte vor seinem Konkurse darauf Zahlung geleistet, die beide Schulden nicht deckte. Im Konkurse liquidirte der Gläubiger seine Salairforderung mit ihrem Vorrecht. Jetzt Konk.O. § 61. Der Verwalter wollte im Interesse der Masse die Zahlung auf die Salairforderung verrechnet wissen. Das OHG. lehnte das nach gem. R. ab, weil das Vorrecht im Konkurse keine durior causa für den Schuldner enthalte, das Interesse des Schuldners, nicht seiner Gläubiger, in Betracht komme. Nach BGB. würde es auf das Vorrecht für den Fall des Konkurses auch nicht ankommen, wohl aber darauf, daß, wenn beide Forderungen fällig waren, die Salairforderung der kurzen Verjährung unterlag, deshalb auf sie vor der Darlehnsforderung zu verrechnen.

Die Wirkung der Leistung, die der Schuldner im Falle des § 366 ohne Bestimmung, indistincte, leistet, ist nicht suspendirt; sie wirkt wie jede a conto Zahlung; fixirt wird ihre Wirkung auf die mehreren Forderungen durch nachfolgendes Uebereinkommen der Parteien, durch die dem Gesetz entsprechende Anrechnungserklärung von Gläubiger oder Schuldner, schließlich durch die Entscheidung des Richters, wenn die Parteien über die Anrechnung streiten. Der Streit kommt immer zu Tage dadurch, daß der Gläubiger vom Schuldner, Mitschuldner, Bürgen Zahlung fordert, der andere Theil Tilgung durch Zahlung behauptet, die der Gläubiger anders verrechnen will. Erkennt er die Zahlung als Zahlung zur Tilgung nicht an (der Gegensatz ist Zahlung zur Begründung), so hat der Schuldner nur diese Natur der Zahlung zu beweisen.

Dabei handelt es sich dann auch um die Beweislast. Zunächst muß feststehn, daß mehrere Forderungen bestehen. StrA. 18 S. 190, 45 S. 321, 52 S. 50, 59 S. 217. Wenn A gegen B auf Rückzahlung eines Darlehns von 400 aus dem Jahre 1828 klagt, B Zahlung von 200 behauptet, A die Zahlung einräumt, aber behauptet, daß sie auf ein Darlehn von 200 aus dem Jahre 1842 geleistet, B den Empfang eines Darlehns im Jahre 1842 leugnet, so kann B nach BGB. gewiß nicht zur Zahlung von 400 verurtheilt werden, weil er nicht beweisen kann, daß die 200, deren Zahlung zugestanden, grade auf ein Darlehn von 400 geleistet, sondern nur auf ein Dahrlehn überhaupt. Denn selbst wenn beide Darlehen beständen, würden die gezahlten 200 auf das ältere Darlehn von 400 zu verrechnen sein, A müßte denn beweisen, daß eine Abrede dahin getroffen, daß sie auf ein Darlehn von 200 aus 1842 zu verrechnen. Stände solche Abrede fest, so würde es allerdings darauf nicht ankommen, ob das Darlehen von 1842 wirklich bestand, weil, wenn es nicht bestand, B nur die condictio hätte und deren Voraussetzungen beweisen müßte. Daß mehrere Forderungen bestanden, hat aber immer der Gläubiger zu beweisen. In OHG. 19 S. 241, 12 S. 90 ist für gem. R. davon ausgegangen, daß der Schuldner stets beweisen müßte, daß die Zahlung auf die eingeklagte Forderung geschehen, weil das Bestreiten der erhaltenen Zahlung auf die eingeklagte Forderung immer Bestreiten bleibe, auch wenn die Zahlung auf andere Forderung zugestanden und diese Forderung bestritten sei; eine Vermuthung bestehe weder für die Existenz noch für die Nichtexistenz mehrerer Forderungen. Dadurch allein läßt sich aber für das BGB. das sehr formale Ergebniß, zu dem das OHG. gelangt, nicht rechtfertigen.

Steht die Existenz mehrerer Forderungen fest, so hat der Beklagte, der die Tilgung

der eingeklagten Forderung behauptet, gemäß § 366 allerdings zu beweisen, daß er nach seiner Bestimmung oder vertragsmäßig auf die eingeklagte Forderung geleistet, oder er hat die Umstände darzulegen, aus denen nach § 366 Abs. 2 (§ 367) folgt, daß er auf die eingeklagte Forderung anrechnen darf, wogegen dem Gläubiger die Replik und der Beweis abweichender Einigung zusteht.

Die Vorschriften der §§ 366, 367 sind ihrer Natur nach auf alle Zahlungen anzuwenden, die nach dem 1. Jan. 1900 an deutschem Erfüllungsort geleistet werden, auch wenn die Forderungen nach früherem Recht zu beurtheilen sind. Von einem jus quaes. oder unstatthafter Rückanwendung ist dabei nicht die Rede.

Der § 366 setzt freiwillige Zahlung voraus. Läßt der Schuldner es zur Zwangsvollstreckung kommen, so hat er nichts zu bestimmen, und die Frage, wie es zu halten, wenn der Erlös in der Zwangsvollstreckung wegen mehrerer Forderungen zur Deckung aller Forderungen nicht ausreicht, ist in § 366 nicht entschieden; Abs. 2 § 366 paßt auch nicht recht, sodaß wie in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken die Vertheilung des Erlöses pro rata der Forderungen erfolgen muß. Daß nach § 819 CPO. die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung des Schuldners anzusehen ist, rechtfertigt die Anwendung des Abs. 2 § 366 nicht, der immer voraussetzt, daß der Schuldner an erster Stelle die Anrechnung zu bestimmen und nicht bestimmt hat.

Nicht anders ist es beim Verkauf des für mehrere Forderungen bestellten Pfandes §§ 1228 ff., 1233 Abs. 2, 1247. So RG. 13 S. 191 für gem. R. l. 96 § 3 D. 46, 3. Für den Gläubiger mehrerer Wechsel- und anderer Forderungen war auf dem Grundstücke des Schuldners eine Kautionshypothek wegen aller seiner Forderungen gegen den Eigenthümer bis zu bestimmtem Betrage eingetragen, bei der Zwangsversteigerung diese Hypothek nur zum Theil zur Hebung gekommen. Als der Gläubiger gegen den Bürgen der einen Wechselforderung klagte, berief sich dieser darauf, daß die Wechselschuld als aus dem Erlöse in der Zwangsversteigerung getilgt anzusehen sei, weil sie die durior causa. Das Reichsgericht hat dies abgelehnt und angenommen, daß der Erlös verhältnißmäßig auf die mehreren Forderungen zu vertheilen.

Ueber die Anwendung der §§ 366, 367 bei Aufrechnung vgl. zu § 397.

16. Quittung, Rückgabe des Schuldscheins, Mortifikationsschein. Die Leistung zur Erfüllung tilgt das Schuldverhältniß ipso jure. Die Leistung hat nach allen Rechten der Schuldner zu beweisen. SBGB. § 861. BGB. §§ 345, 358, 363. Das BGB. hat alle die Präsumtionen beseitigt, die das gem. R., das ALR. I 16 §§ 97 ff., 133 ff., das SBGB. § 982, der C. c. art. 1282 ff. zur Erleichterung des Beweises der Erfüllung bei Zahlungen an die Rückgabe des Schuldinstruments, an den Umstand, daß es in den Händen des Schuldners, an die Vernichtung, Beschädigung des Schulddokuments und bei terminlichen Leistungen an die nachgewiesene Tilgung älterer Raten knüpften. Ueberall entscheidet die freie Beweiswürdigung und das verständige Ermessen über die Bedeutung solcher Umstände. CPO. §§ 286, 419, 442. Die Beweispflicht erstreckt sich auf alles, was nöthig, um die Leistung als Erfüllung erscheinen zu lassen, d. h. auf das, was, an wen, durch wen und auf welche Schuld geleistet, in letzterer Richtung mit der Modifikation, die sich aus § 366 Abs. 2, § 367 ergiebt. Namentlich ist auch zu erweisen, daß an den Empfänger als den Gläubiger oder für denselben wirksam geleistet. OHG. 8 S. 389, 18 S. 259, wo es sich darum handelte, ob eine Zahlung an ein Vereinsmitglied für den Verein in dessen Vertretung, oder für seine Person geleistet.

Nur wenn der Gläubiger die als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung einmal angenommen, was der Schuldner zu beweisen hat, und nachträglich die Leistung als Erfüllung nicht gelten lassen will, indem er klagend oder einredend Rechte daraus herleitet, daß sie eine andere als die geschuldete Leistung (aliud oder mangelhaft oder unvollständig) gewesen, kehrt sich nach § 363 die Beweislast um und der Gläubiger hat den Mangel der Leistung zu beweisen. Welche Ansprüche der Gläubiger aus der Nicht- oder der mangelhaften Erfüllung hat, obwohl er sie angenommen, ist nicht aus § 363, sondern aus §§ 320ff., §§ 459ff., 464, 480, 633, 641, HGB. §§ 377, 378 zu entnehmen. Entw. I § 367, der bestimmte, daß nach Annahme der Erfüllung die Gegenleistung wegen Mangel der Leistung nicht mehr verweigert, sondern nur die Ansprüche aus der mangelhaften Leistung geltend gemacht werden können, der Empfänger auch die Mängel der Leistung beweisen müsse, ist gestrichen.

Der § 363 bezieht sich auf das aliud wie auf unvollständige und mangelhafte Leistung. Was als Annahme der Erfüllung anzusehen, ist konkret zu prüfen. Dazu genügt wie nach früherem Recht nicht die Uebersendung, die Uebergabe, die Abgabe der Leistung unter Umständen, welche die Prüfung der Leistung auf ihre Beschaffenheit ausschließen. Hinzutreten muß Behalten der Leistung, Nichtprüfung, ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung der Annahme. Die einfache Annahme „unter Vorbehalt", SBGB. § 863, genügt zur Ausschließung der Anwendung des § 363 nicht. Behält der Empfänger die unter Vorbehalt angenommene Leistung oder erklärt er, sie — wenn auch als mangelhafte Leistung — annehmen zu wollen, oder verfügt er gar über die Leistung, so hat der Vorbehalt wohl nach §§ 464, 640 Abs. 2 Bedeutung, aber nicht für die Beweislast. Vgl. RG. 20 S. 5. Vgl. HGB. II §§ 377, 378. RG. 47 S. 12, 20; 49 S. 157.

Ein Beispiel für die Anwendung des § 363 giebt der Fall, wo der Käufer den Kaufpreis dem Verkäufer in einer versiegelten oder unversiegelten Geldrolle zahlt, der Verkäufer die Rolle unbesehen und unbeanstandet annimmt oder zwar mit Vorbehalt annimmt, aber die Prüfung, Nachzählung über die unumgänglich nothwendige Zeit hinaus unterläßt. Wenn beim Wechseln von Geld der Empfänger nachträglich behauptet, daß er zu wenig oder falsches Geld heraus erhalten, hat er den Beweis der mangelhaften Leistung zu führen.

17. Gegen die Erfüllung hat der Schuldner Zug um Zug nach §§ 368, 371 bei allen Schuldverhältnissen, nicht bloß bei Geldschulden, wie schon früher angenommen, StrA. 17 S. 228, Quittung und Herausgabe des über die Forderung ausgestellten Schuldscheins zu fordern. § 1144. Ohne Quittung braucht der Schuldner nicht zu leisten; der Gläubiger, der sie weigert, geräth in Verzug, vgl. oben S. 140, und der Schuldner ist zur Hinterlegung berechtigt. Der Anspruch auf Quittungsleistung hat seinen inneren Grund in dem Bedürfniß, dem beweispflichtigen Schuldner die Beweisführung zu ermöglichen oder doch zu erleichtern. Er ist alten Rechts, kann als gemeines Gewohnheitsrecht bezeichnet werden und ist in ALR. I 16 §§ 86, 92, 97, 125ff., SBGB. §§ 981, 983 für Geldzahlungen allgemein anerkannt, in WO. Art. 39, 54, 98 für Wechselverbindlichkeiten, in HGB. I Art. 303, 418, 652, 689, HGB. II §§ 364, 448, 650, 688 für eine Reihe von Spezialfällen, ebenso für zahlreiche andere Spezialfälle in der Verkehrsordnung, der Postordnung, der Seemannsordnung, dem Vereinszollgesetz. Nach CPO. § 757 (677) hat der Gerichtsvollzieher dem Schuldner Quittung zu ertheilen und die vollstreckbare Ausfertigung

auszuliefern, bei theilweiser Leistung diese auf der Ausfertigung zu bemerken und Quittung zu ertheilen; daneben bleibt dem Schuldner aber das Recht auf Quittung gegen den Gläubiger.

Der Anspruch auf Quittungsleistung und Herausgabe des nach § 952 dem Gläubiger gehörigen Schuldscheins ist ein persönlicher, obligatorischer Anspruch aus der Erfüllung, nicht aus dem Schuldverhältniß, — vgl. RG. 28 S. 434 (Gerichtsstand der Klage auf Quittungsleistung?), — der eine gesteigerte Bedeutung in den Fällen gewinnt, wo der Schuldschein, die Schuldurkunde wie beim Wechsel, den Inhaberpapieren, Hypotheken- und Grundschuldbrief nicht bloße Beweisurkunde, sondern Träger der Forderung, ohne welche diese, abgesehen von dem singulären Falle des Art. 73 WO., nicht geltend gemacht werden kann, vgl. § 1160, oder wo mit der Erfüllung der Forderung der Erwerb der Forderung verbunden, die Quittung zugleich zur Geltendmachung des so erworbenen Rechts legitimirt.

In SBGB. § 983 ist die Quittungspflicht für sofortige Baarzahlungen im Kleinhandel ausgeschlossen. Bei Berathung des Entw. I § 269 wurde in der zweiten Kommission eine ähnliche Ausnahmevorschrift abgelehnt. Im Verkehr wird sich diese Ausnahme aber von selbst als Regel in den Fällen ergeben, wo der Verkehr, z. B. der kleine Marktverkehr und der kleine Detailhandel, mit der Quittungspflicht nicht bestehen kann, der Quittungsanspruch und die Quittungspflicht keinen Zweck und keinen Sinn hat, weil das sofort abgemachte Geschäft nach den Umständen die Möglichkeit oder die Gefahr wiederholter Inanspruchnahme des Schuldners durch den Gläubiger ausschließt. In diesen und ähnlichen Fällen wird trotz des allgemeinen Satzes in § 368 das Verlangen gleichzeitiger oder nachträglicher Quittung als durch den Vertragswillen der Parteien ausgeschlossen und, wenn nicht das thatsächliche oder rechtliche Interesse des Schuldners besonders dargelegt wird, als gegen § 242, § 226 verstoßend anzusehen sein. Nicht anders ist die Quittungspflicht Zug um Zug bei Geldsendungen im Falle des § 270 zu beurtheilen. Nachträgliche förmliche Quittung muß der Schuldner auch in diesem Falle verlangen können.

18. Die Quittung wird nach § 371 durch die Herausgabe des Schuldscheins nicht ersetzt, ALR. I 16 § 125, weil der Schuldschein in den Händen des Schuldners allein keinen Beweis der Tilgung des Schuldverhältnisses liefert, wenn auch die Thatsache der Rückgabe durch den Gläubiger den Gegenbeweis fordern wird, daß die Rückgabe eine anderen Grund als den der Erfüllung oder des Erlasses gehabt hat. l. 2 § 1 D. 2, 14; l. 15 D. 8. 43. ALR. I 16 §§ 97 ff., 101. SBGB. § 982. StrA. 76 S. 165, 81 S. 315. ALR. I 16 § 97 bestimmt ausdrücklich, daraus, daß das Schuldinstrument in den Händen des Schuldners, folge nicht, daß die Schuld bezahlt, nimmt aber gezogene Wechsel ausdrücklich aus. Damit war nicht gesagt, daß die aus der freiwilligen Rückgabe des Wechsels durch den Gläubiger folgende Vermuthung der Tilgung der Wechselverbindlichkeit nicht durch den Gegenbeweis irrthümlicher Aushändigung oder der Aushändigung ohne Tilgung oder der Zahlung an den nicht legitimirten Wechselinhaber zu beseitigen. WO. Art. 74. StrA. 48 S. 186. OHG. 3 S. 9, 10 S. 151, 154.

Ersetzt wird die Quittung durch das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß des Gläubigers, daß die Schuld erloschen (Mortifikationsschein), das der Schuldner nach § 371 Satz 2 immer nur von dem Gläubiger (nicht von einem Dritten) fordern kann,

wenn der Gläubiger sich zur Rückgabe des Schuldscheins auch nur außer Stande erklärt. ALR. I 16 §§ 125 ff. Damit ist nicht gesagt, daß der Schuldner die Rückgabe des Schuldscheins selbst nicht fordern könnte, wenn er sich bei der Behauptung des Gläubigers, er könne den Schuldschein nicht zurückgeben, weil er ihn verloren oder er ihm sonst abhanden gekommen, nicht beruhigen, sondern den Beweis führen will, daß der Gläubiger den Schuldschein besitze. Dieses Beweises bedarf es für die Klage aus § 371 Satz 1 nicht, die weder die Natur der Vindikation noch der actio ad exhib., sondern ihr Fundament in der Thatsache der Erfüllung hat. RG. 4 S. 58, 61. Nur kann, wenn der Kläger den Beweis des Besitzes nicht führen will oder kann, die Verurtheilung nur auf Rückgabe oder Mortifikation gehen, ObTr. 65 S. 112 (StrA. 82 S. 16), nicht auf Rückgabe ohne Rücksicht auf den vom Schuldner angebotenen Beweis, daß ihm die Rückgabe unmöglich.

Aus der Natur des Anspruchs folgt, daß er aktiv und passiv auf die Erben übergeht und von den einzelnen Erben so geltend gemacht werden kann, wie jeder andere Anspruch. StrA. 70 S. 229, 89 S. 335. Der Anspruch geht dadurch nicht verloren, daß erfüllt ist, ohne daß der Anspruch geltend gemacht oder vorbehalten ist; er kann nachträglich geltend gemacht werden und versteht sich auch bei Verurtheilung zur Leistung und für die Beitreibung in der Zwangsvollstreckung, CPO § 757, von selbst. OHG. 11 S. 67, 15 S. 24, 21 S. 303. RG. 37 S. 5 (Verurtheilung zur Zahlung aus Wechsel versteht sich auch ohne ausdrückliche Bestimmung im Urtheil immer als Verurtheilung gegen Aushändigung des Wechsels). Er besteht auch bei theilweiser Leistung für die Quittung über die theilweise Leistung, wo solche angenommen werden muß oder angenommen ist. Art. 39 WO. ObTr. 6 S. 129, 134. § 1145.

Der Anspruch auf Quittung und Herausgabe der Schuldurkunde kann so wesentlich sein, daß seine Nichterfüllung durch den Gläubiger für den Schuldner den Anspruch auf Rückleistung begründen kann, weil die Leistung als in Erwartung der Quittung und Herausgabe des Schulddokuments geleistet anzusehen ist und der Schuldner ohne Quittung und Herausgabe nicht die Befreiung von der Schuld erhält, die er zu beanspruchen hat. So StrA. 53 S. 90 und ObTr. 64 S. 105 (StrA. 80 S. 125) in zwei Fällen, in denen an den Cessionar einer Hypothek gezahlt war und derselbe nachträglich seine Legitimation für löschungsfähige Quittung nicht führen konnte.

19. Die Quittung zu fordern hat derjenige, der die Leistung bewirkt, sei es der Schuldner selbst oder ein Dritter, der für ihn in seinem Auftrage oder in Geschäftsführung ohne Auftrag oder auf Grund § 267 leistet. Das ist aus der Fassung des § 368 Satz 1 in Uebereinstimmung mit § 269 Entw. I und aus dem Gegensatz in Satz 2 §§ 368 und 371 herzuleiten. Der Schuldner ist gesichert, wenn auch nur der Dritte Quittung hat; der Dritte hat ihm die Quittung auszuhändigen. Nur der Schuldner kann Quittung in besonderer Form bei Existenz eines rechtlichen Interesse fordern und nur der Schuldner kann die Rückgabe des Schuldscheins verlangen, abgesehen von den zu § 268 erwähnten Fällen, in denen die Erfüllung durch den Dritten für denselben Erwerbstitel ist. Art. 63 WO. Vgl. RG. 4 S. 58, wo Trassant und Acceptant gemeinschaftlich an den Wechselinhaber gezahlt hatten, die Herausgabe des Wechsels an den Trassanten erfolgen mußte, weil für ihn der Anspruch aus dem Wechsel gegen den Acceptanten übrig blieb. Der Grundstückseigenthümer hat keinen Anspruch auf Quittungsleistung gegen

den Hypothekengläubiger, der vom Vorbesitzer vor oder nach dem Eigenthumsübergang befriedigt ist, StrA. 82 S. 5, aber in StrA. 90 S. 190 hatte der Gläubiger des Eigenthümers, der die Hypothek bezahlt und dadurch erworben hatte, § 1143, die Klage auf förmliche Quittungsleistung gegen den Hypothekengläubiger auf Grund der Ueberweisung (Cession) der Eigenthümerhypothek, da durch diese das Recht des Schuldners auf Quittung auf ihn übergegangen.

20. Der Anspruch auf Quittungsleistung geht gegen den, der die Leistung empfangen hat und zu empfangen berechtigt war. Wer zum Empfang berechtigt, ist grundsätzlich auch zur Quittung ermächtigt, der Gläubiger, der Cessionar als Gläubiger, der, dem in der Zwangsvollstreckung zur Einziehung überwiesen, der Bevollmächtigte, CPO. § 81 (77), SBGB. § 1306, der Prokurist, der Gerichtsvollzieher nach § 777 CPO., der gesetzliche Vertreter, der Konkursverwalter; der gesetzliche Vertreter muß quittiren, wenn an den Vertretenen geleistet ist und er die Leistung genehmigt; ebenso hat bei Geschäftsführung ohne Auftrag der Geschäftsherr über die genehmigte Leistung zu quittiren. Die Vorschrift in CPO. § 777, die dem Schuldner den Quittungsanspruch gegen den Gerichtsvollzieher und den Gläubiger giebt, ist als Ausnahmevorschrift anzusehen. So hat der Schuldner keinen Quittungsanspruch gegen seinen Gläubiger, wenn er an den geleistet hat, dem die Forderung in der Zwangsvollstreckung überwiesen ist, CPO. § 836, ObTr. 48 S. 112, BGB. § 1282, aber wohl, wenn er auf Anweisung des Gläubigers an einen Dritten gezahlt hat, BGB. § 787, Quittung sowohl von diesem wie von seinem Gläubiger zu fordern, da er in der Person des Anweisungsempfängers seine Schuld an den Anweisenden geleistet hat.

Den Anspruch auf Herausgabe des Schuldscheins hat nur der Schuldner, § 371, sobald die Forderung durch seine oder fremde Leistung, ohne Erwerb der Forderung für den Dritten getilgt ist, sei es durch Erfüllung, sei es durch eine andere Tilgungsart, datio in sol., Hinterlegung zum Zweck der Tilgung. Vgl. RG. 39 S. 284 zu §§ 372 ff. (Anspruch auf Herausgabe des Hypothekendokuments nach rechtswirksamer Hinterlegung gegen den, dem der Hypothekengläubiger den Hypothekenbrief verpfändet hat.) Ohne Herausgabe des Schuldscheins oder Mortifikationsschein hat der Schuldner nicht zu leisten. CPO. § 836 Abs. 3. Er kann hinterlegen, aber Leistung auch nur durch Hinterlegung kann der Gläubiger nicht fordern. Vgl. zu §§ 372 ff. StrA. 62 S. 350, ObTr. 62 S. 127 (StrA. 76 S. 254). Nicht hierher gehört der Anspruch auf Herausgabe des Schuldscheins, der nicht aus Erfüllung, sondern aus anderem Grunde folgt, z. B. Nichtigkeit der Schuld, Erlaß. §§ 812, 815.

21. Der Anspruch auf Quittung wird erfüllt durch ein schriftliches Empfangsbekenntniß. § 368. Die Quittung (quietum se vocare) ist nach BGB. an sich nichts als solches einseitiges Empfangsbekenntniß und durch dieses ein Beweismittel für den dem Schuldner obliegenden Beweis der Leistung. § 368, § 370. Nicht die Quittung tilgt, sondern die Leistung. Dem entsprechend muß der Inhalt der Quittung sein, über den das BGB. näheres nicht bestimmt. Wie der Schuldner vorbehaltlose Annahme der Leistung, so kann er auch vorbehaltlose Quittung verlangen. StrA. 9 S. 56. Die Quittung soll, was ALR. I 16 § 87 ausdrücklich vorschrieb, die Schuld, den Schuldner, Ort und Zeit der Leistung ergeben, auch bei Leistung durch einen Anderen als den Schuldner die Person dieses Anderen; an

alle dem hat der beweispflichtige Schuldner Interesse. Die Quittung muß von dem Gläubiger oder dem Empfänger unterschrieben sein. Mehr als Schriftform fordert § 371 nicht; der § 126 findet deshalb Anwendung.

Welche Beweiskraft nicht unterschriebene, mit Namensstempel versehene, oder nicht vollständige Quittung hat, ist im einzelnen Falle zu beurtheilen. CPO. §§ 416, 419, 286. ALR. I 16 §§ 87—91. Durchstrichene Quittung auf dem in den Händen des Gläubigers gebliebenen Schuldschein kann regelmäßig keinen Beweis liefern. Vgl. OHG. 3 S. 98 über durchstrichene Quittung auf Wechsel. Erfahrungsgemäß wird auf Wechsel und andern Schuldurkunden oft genug in Erwartung der Zahlung im Voraus quittirt.

Nach § 368 Satz 2 kann der Schuldner die Quittung in anderer als schriftlicher Form (gerichtlich, notariell, auf der Urkunde, öffentlich beglaubigt) fordern, wenn er an solcher Form ein rechtliches Interesse hat, d. h. für seine Rechtsverhältnisse aus der Leistung die andere oder mehr als schriftliche Form erheblich ist, wie z. B. nach § 28 GrBO. und in anderen Fällen, wo Behörden oder Dritte von dem Schuldner einen anderen als schriftlichen Erweis über die Leistung, die Tilgung und den damit etwa verbundenen Erwerb der Forderung verlangen können: §§ 1143—1145, 1150, 1163, 1164, 1167. Auch hier wird es vielfach auf die Verkehrssitte und Treu und Glauben nach § 242 ankommen.

22. Die Kosten der Quittung hat nach § 369 grundsätzlich der Schuldner zu tragen und vorzuschießen, mit Recht, weil sie ihm dient, ObTr. 54 S. 388. Preuß. EigenthGes. v. 5. Mai 1872 § 61. Anh. § 54 ALR. I 20 § 572. C. c. art. 1248. Anders SBGB. §§ 981, 984. Nur zwei Ausnahmen macht § 369 in Abs. 1 für den Fall, daß sich aus dem Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner die Kostenpflicht des Gläubigers ergiebt, und in Abs. 2 für Kosten, die ohne Zuthun des Schuldners dadurch entstanden, daß an Stelle des ursprünglichen einen Gläubigers mehrere treten (Erbgang, Cession). In Abs. 1 ist an die Fälle des Mandats und des Depositum und die Quittung des Deponenten oder des Mandanten über Rückempfang des Depositum oder Empfang des vom Beauftragten für den Mandanten Angeschafften, Erworbenen, Erhaltenen zu denken. In beiden Fällen handelt es sich bei dem Schuldverhältniß und dessen Lösung lediglich um das Interesse des Mandanten, Deponenten als Gläubigers. Nicht anders ist es, wenn dem Vormund vom Mündel oder Gericht quittirt wird. ALR. II 18 § 898. Die Kostenpflicht kann auch durch den Vertrag abweichend bestimmt sein, durch den das Schuldverhältniß begründet.

Der Abs. 2 § 369 beruht darauf, daß der Schuldner durch den Wechsel in der Person des Gläubigers nicht schlechter gestellt werden darf; darum sollen die Gläubiger die Mehrkosten tragen. Der Schuldner zahlt und schießt die Kosten vor, die durch die Quittung seines ursprünglichen Gläubigers entstanden sein würden; die Repartition der Mehrkosten unter die mehreren Gläubiger ist nicht seine Sache, sondern Sache der Gläubiger, die ihm nach § 369 Abs. 2 insoweit als Gesammtschuldner gegenüberstehen. Der Betrag der Kosten wird übrigens kaum je so bedeutend sein, daß aus dem Nichtanbieten der Kosten der Verzug auf der einen oder anderen Seite herzuleiten wäre. § 320 Abs. 2.

23. Wird der Anspruch nicht freiwillig erfüllt, so hat die Verurtheilung des Gläubigers zur Quittungsleistung die Bedeutung der einer Vollstreckung nicht bedürfenden Feststellung, daß das Schuldverhältniß erloschen, die Verurtheilung zur

Abgabe des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses in § 371 Satz 2 die Bedeutung einer Verurtheilung nach § 894 CPO. Die Kosten dieses Anerkenntnisses hat immer der Gläubiger zu tragen.

24. Die Quittung als Urkunde liefert ihrem Inhalt entsprechend den Beweis der Leistung, deren Empfang der Aussteller bekennt; die gemeinrechtlichen Beschränkungen der Beweiskraft der Quittung, W. 2 § 344, sind schon durch EG. z. CPO. § 14 Nr. 2, § 17, HGB. I Art. 295 beseitigt. Andererseits hat das BGB. aber auch die Vermuthungen beseitigt, die ALR. I 16 §§ 133 ff. mit der Quittung über terminliche Leistungen für die Berichtigung älterer Termine verband; die Lebenserfahrung, auf welcher diese Präsumtionen beruhten, bleibt indessen nach wie vor für die freie Beweiswürdigung von Bedeutung. Der Gegenbeweis gegen die Quittung ist in allen Fällen dahin zulässig, daß die abgegebene Erklärung unrichtig, dem wahren Sachverhalt nicht entspricht, daß die Quittung in Erwartung der Leistung vor und ohne Leistung dem Gläubiger gegeben, die Leistung aber in Wahrheit weder bei noch nach der Erklärung erfolgt ist. ALR. I 16 §§ 104, 105. ObTr. 45 S. 116. RE. 3 Nr. 259a Erk. a. CPO. §§ 415 ff. Bolze 7 Nr. 200. Der Beweis, daß zur Zeit der Quittirung nicht geleistet, genügt mit Rücksicht auf das in der Quittung enthaltene Geständniß und auf die Erfahrung nicht, daß Quittungen oft vor der Leistung ausgestellt werden. Es muß deshalb hinzukommen der Beweis, daß in Erwartung der Leistung quittirt und daß die Leistung demnächst nicht erfolgt ist. Vgl. RG. 14 S. 235, 242. Wird der Beweis so geführt, so fällt die Quittung als Beweismittel für die Erfüllung fort.

Lautet die Quittung über Zahlung oder baare Zahlung und wird nur bewiesen, daß solche Zahlung nicht erfolgt ist, so fällt der Beweis durch die Quittung für diesen Tilgungsgrund fort, und behauptet der Schuldner einen andern Tilgungsmodus, Aufrechnung, datio in sol., Anweisung, so hat er diesen zu beweisen. Aus der Quittung ist dann nur zu folgern, daß sie nach dem Willen des Gläubigers zu dem Zweck ausgestellt ist, die Tilgung überhaupt darzuthun und den Gläubiger zu binden. Schon in diesem Falle und recht eigentlich in dem Falle, wo über Zahlung (Leistung) oder Empfang ohne Zahlung, auf Grund Berechnung oder Verrechnung oder in andrer Form quittirt ist, in die Form der Quittung aber nur ein anderes Rechtsgeschäft eingekleidet ist, Erlaß, Verzicht, Zuwendung, Vergleich, hat die Quittung die Funktion nicht bloß eines Beweismittels, sondern einer dispositiven Urkunde, einer bindenden Willenserklärung.

Für das gem. und das preuß. Recht ist in konstanter Praxis angenommen, daß die Quittung, die über Zahlung lautet, durch den Nachweis, daß nicht gezahlt, zwar als Beweismittel der Zahlung fortfällt, aber bei dem Nachweis, daß sie in der Absicht ausgestellt, zu erlassen oder das Nichtbestehen der Schuld anzuerkennen, der römischen acceptilatio gleich wirkt. l. 19 § 1 D. 46, 4. Für das Preuß. R. war dies wegen der Formvorschriften für den Erlaß von besonderer Bedeutung. Vgl. ObTr. 23 S. 107, 41 S. 117; Erk. b, c in RE. 3 Nr. 259a, wo es sich um Fälle handelte, wo über baare Zahlung von Kaufgeld quittirt, in Wahrheit aber die Mutter als Gläubigerin der Tochter als Schuldnerin die Schuld bei der Verheirathung zur Aussteuer erlassen hatte. Ebenso in zahlreichen anderen Entscheidungen a. a. O. S. 25, 26 (Schenkung unter der Form des Verkaufs mit Quittung über den Kaufpreis; Quittung über Zahlung einer Schuld,

während quittirt wurde, weil der Gläubiger anerkannte, daß die Schuld nicht zu Recht bestand; Quittung über bezahltes Kaufgeld bei bedingtem Erlaß; Quittung über Zahlung bei Verrechnung und Vergleich). In ALR. I 16 §§ 113, 114 ist außerdem bestimmt, daß, wenn der Inhalt der Quittung selbst Tilgung ohne Zahlung ganz oder theilweise ergiebt, die Quittung als Erlaß selbst dann wirkt, wenn das ihr zu Grunde liegende Rechtsgeschäft nicht zu ermitteln. StrA. 14 S. 127. ObTr. 18 S. 264, 269; 24 S. 328. In solchen Fällen mußte vom Gläubiger zur Beseitigung der Quittung der Beweis so geführt werden, daß auch die Annahme des Erlasses ausgeschlossen. Vgl. auch OHG. 14 S. 339, 346, RG. 3 S. 254, 257; 33 S. 286. RG. 14 S. 235, 242 (gem. R.).

Wirkliche dispositive Willenserklärung ist ferner die Abrechnungsquittung in § 116 I 16 ALR., die, wenn mit Bezug auf „eine gehaltene Berechnung" ertheilt, mit der Fiktion ausgestattet ist, daß alle früheren fälligen Posten als abgethan zu erachten sind. Vgl. StrA. 85 S. 345, OHG. 21 S. 399, Bolze 7 Nr. 201.

Das BGB. sagt über alle diese Fälle dispositiver Quittungsurkunde ausdrücklich nichts. Es ist aber nach § 397 Abs. 2 unbedenklich, daß die Quittung auch nach BGB. im Sinne eines Anerkenntnisses, daß das Schuldverhältniß erloschen oder als erloschen angesehen werden soll, ausgestellt werden, die Bedeutung des Verzichts oder des Vergleichs haben kann. Ob dies der Fall, ist durch Auslegung unter freier Würdigung aller Umstände zu finden. Das gilt für die üblichen Generalquittungen wie für die Saldoquittung.

Nicht hierher gehört die Entlastungserklärung (Decharge) im Sinne HGB. II § 260, BGB. § 1892, weil es sich dabei nicht um Quittung über eine oder mehrere einzelne Forderungen, die durch Leistung tilgbar, handelt, sondern um die Erledigung der Ansprüche aus dem Rechtsverhältnisse der Verwaltung fremden Vermögens, die der allerverschiedensten Natur sein können. Solche Entlastungserklärung ist immer Willenserklärung, Anerkennung, Verzicht, nicht Quittung des § 368. Vgl. RG. 12 S. 74, 13 S. 44, 51. OHG. 22 S. 278.

III. datio in solutum. Leistung an Erfüllungsstatt. Novation. §§ 364, 365. RE. 3 Nr. 263.

25. Nach §§ 363, 364 kann dem Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung als Erfüllung nicht aufgedrungen werden. Das ist altes Recht. l. 2 § 1 D. 12, 1. ALR. I 16 § 235; 5 § 270. SBGB. §§ 1100, 1001. C. c. art. 1243, 2038, 1273. Ein benefic. dationis i. s. des Schuldners kennt das BGB. nicht. Wohl aber kann der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung und als Pfandgläubiger Ueberweisung einer Forderung des Schuldners an Zahlungsstatt verlangen. BGB. § 1282. CPO. § 835. Der Gläubiger muß damit einverstanden sein, daß seine Forderung durch Leistung eines anderen als des geschuldeten Gegenstandes erfüllt werde und die andere Leistung zu diesem Zwecke annehmen. Der Schuldner oder der Dritte, der für ihn erfüllen will, § 267, muß die andere Leistung zum Zwecke der Erfüllung leisten wollen, da er nur zu leisten hat, was er nach dem Schuldverhältniß zu leisten, ebenso, wie der Gläubiger nur so zu erfordern hat. Daher die Anfechtbarkeit der d. i. s. im Konkurse. Konk.O. § 30 (23) Nr. 2. RG. 6 S. 45, 10 S. 100, 102. OHG. 15 S. 49. ObTr. 76 S. 319, 43 S. 458. Das Einverständniß von Gläubiger und Schuldner (Dritten) über das,

was geschuldet, was an Stelle dessen zu leisten und daß und inwieweit das Schuldverhältniß dadurch getilgt werden soll, wird vorausgesetzt. In § 363 ist das Einverständniß ein anderes. Die d. i. s. hat dadurch Vertragsnatur. Aber Vertrag über d. i. s. ist nicht d. i. s. und wirkt nicht die Tilgung, sondern erst Hingabe und Annahme als Erfüllung statt der geschuldeten Leistung. Der Vertrag über d. i. s. begründet nur eine Einrede für den auf die ursprüngliche Leistung belangten Schuldner; solcher Vertrag hat nichts besonderes, und wenn er mit der Begründung des Schuldverhältnisses verbunden, d. h. in dem begründenden Vertrage dem Schuldner das Recht eingeräumt wird, eine Leistung durch eine andere zu ersetzen, ist von d. i. s. überhaupt nicht zu reden. So z. B., wenn in dem Kaufvertrage stipulirt, daß der Kaufpreis ganz oder theilweise durch Uebernahme einer Schuld des Verkäufers in p. pr. berichtigt werden soll, oder nach dem Gründungsvertrage einer Aktiengesellschaft ein Gründer seinen Antheil am Aktienkapital durch Einbringen anderer Vermögensgegenstände zu berichtigen hat. RG. 2 S. 303 (Plenum; Stempelpflicht). OHG. 5 S. 418 (Vertrag über Lieferung von Pech für eine Pechkocherei; Abrede, daß der Käufer statt Geld zu zahlen, Pechabfälle liefern könne). OHG. 18 S. 384.

Der Unterschied von Vertrag über d. i. s. und der die Erfüllung darstellenden d. i. s. ist von besonderer praktischer Bedeutung in den Fällen, wo der unklagbare Vertrag durch die Erfüllung wirksam wird. Vgl. den Fall RG. 47 S. 48, wo über Schuld aus Differenzgeschäften ein Vertrag dahin geschlossen, daß der Schuldner den Betrag auf sein Grundstück eintragen lassen, die Hypothek verzinsen und in Raten zurückzahlen, auch einem Wechsel geben sollte. Das war keine d. i. s., da der Schuldner weiter schuldete, der Gläubiger nicht Befriedigung erhielt. § 364 Abs. 2, § 762 Abs. 2. Nicht anders liegt es, wenn über Berichtigung einer Spielschuld Abrede dahin getroffen wird, daß der Schuldner dem Gläubiger eine Lebensversicherungspolize cedirt, die Prämien aber weiter zahlen muß, unter dieser Voraussetzung der Gläubiger sich verpflichtet, mit dem Betrage der Versicherungssumme sich zufrieden zu geben, auch wenn sie die Schuld nebst Zinsen nicht deckt, den Schuldner und die Erben nicht in Anspruch zu nehmen. Vgl. OHG. 1 S. 52.

Die Uebereinstimmung des Gläubigers muß erklärt sein, ausdrücklich oder stillschweigend; bloßes Stillschweigen auf Offerte des Schuldners genügt natürlich nicht. So lag ObTr. 9 S. 213, wo A von B für gelieferte Hölzer zu fordern, B einseitig die Abtretung einer Hypothek an A unter Bekenntniß, daß er die Valuta durch Lieferung von Hölzern erhalten, erklärt, das Dokument nebst Cession dem A ohne vorherige Anfrage geschickt, A die Urkunden behalten, aber demnächst auf Zahlung des Preises für die Hölzer geklagt hatte, wogegen B Tilgung durch die Cession einwendete. Das ist verworfen, weil, wenn nicht eine Abrede über die Tilgung durch die Cession getroffen und andere Umstände vorlagen, in dem Stillschweigen des A nichts lag als Schweigen auf Offerte, das ihn nicht verpflichtete. Vgl. auch OHG. 17 S. 325. Auch in CPO. § 835 (736) kann dem Gläubiger die gepfändete Geldforderung nur auf seinen Antrag an Zahlungsstatt überwiesen werden. Vgl. ObTr. 9 S. 65, 41 S. 128, die für das Preuß. Ges. v. 5. Juli 1822 sogar annehmen, daß der Antrag nicht genüge, Annahme hinzukommen müsse, was nach CPO. § 835 Abs. 2 jedenfalls nicht gefordert werden kann.

26. Das Wesen der d. i. s. besteht in ihrem Zweck, ein bestehendes Schuld-

verhältniß zu tilgen, nicht bloß zu sichern. OHG. 1 S. 52, 18 S. 65; RG. 2 S. 303. Der Hauptanwendungsfall ist der der Hingabe und Annahme von Sachen (beweglichen, unbeweglichen) an Stelle des geschuldeten Geldes bei Geldschulden. Es kann auch Geld an Stelle von anderen Sachen, von Leistungen anderer Art, und es können Rechte, Forderungen gegen Dritte, Dienstleistungen an Erfüllungsstatt gegeben werden. § 365. Wo an Stelle von Geld Sachen anderer Art gegeben und angenommen werden, berührt sich die d. i. s. mit dem Kaufe mit Aufrechnung des Preises gegen die Schuld. Gleichwohl ist die d. i. s. rechtlich etwas anderes als solcher Kauf. l. 181 pr. D. 18, 1. Bei der d. i. s. ist der Bestand der Schuld, die getilgt werden soll, so wesentlich, daß, wenn sie nicht besteht, das in sol. Geleistete mit der cond. indeb. zurückgefordert wird, wie bei Zahlung einer Nichtschuld. Besteht sie, so wirkt die einseitige Leistung des Schuldners die Tilgung der Schuld mit allen ihren Folgen für die Accessorien und die Pflicht des Gläubigers zu quittiren und die Schuldurkunde zurückzugeben. Es liegt ein einziges Rechtsgeschäft vor. l. 81 pr. D. 18, 1.

Bei Kauf mit Aufrechnung begründet der Kauf die Kaufgelderschuld als Leistung, die Uebertragung des Kaufgegenstandes als Gegenleistung; die Tilgung der Kaufgelderschuld wird durch den Kompensationsvertrag bewirkt; es sind zwei Verträge mit einander verbunden. Besteht die Schuld des Verkäufers nicht, die gegen seine Kaufpreisforderung aufgerechnet wird, so bedeutet das rechtlich nur, daß der Kaufpreis nicht bezahlt ist. Wirthschaftlich kann der Zweck der d. i. s. auch durch Kauf mit Aufrechnung erreicht werden. Die d. i. s. ist aber keine Art des Kaufes; deshalb hat der auf Kaufpreis klagende den Kauf zu beweisen, wenn der Beklagte d. i. s. behauptet. OHG. 16 S. 158. Ob d. i. s. oder solcher Kauf vorliegt, ist nur konkret zu ermitteln. Solche Fälle sind in OHG. 20 S. 37, 15 S. 49, 24 S. 204, 8 S. 97, 15 S. 155 behandelt. Vgl. auch OHG. 10 S. 209 (Kauf zum Zweck der Aufrechnung). Vgl. W. 2 § 342 [10], [14]. Auch im Sinne des BGB. liegt d. i. s. nur vor, wenn unmittelbar durch ein einziges Rechtsgeschäft, durch Hingabe an den Gläubiger, die Forderung des Empfängers getilgt, die Befriedigung des Gläubigers herbeigeführt werden soll. Das kann auch vorliegen, wenn der Verkäufer, der die Waare übergeben und den Kaufpreis zu fordern hat, die Waare zum Zweck der Tilgung des Kaufpreises zurückerhält. OHG. 8 S. 97, 24 S. 104.

27. Auch eine Forderung an einen Dritten kann an Erfüllungsstatt gegeben werden. Die Forderung muß dann in der gehörigen Form übertragen werden, StrA. 30 S. 288 und der übereinstimmende Wille dahin gehen, daß durch die Uebertragung der übertragende Schuldner befreit sein soll. OHG. 24 S. 257. StrA. 33 S. 306 und das obige ObTr. 9 S. 213. RE. 2 Nr. 211 Erk. a. Ohne diesen übereinstimmenden Willen giebt die Uebertragung dem Gläubiger das Recht, sich aus der übertragenen Forderung zu befriedigen, aber nicht die Befriedigung. Bei der Anweisung, die dem Gläubiger auf einen Dritten ertheilt wird, um ihn durch dessen Leistung zu befriedigen, sagt § 788 dies ausdrücklich auch für den Fall, daß die Anweisung auf Schuld erfolgt und von dem Dritten angenommen ist. Erst die Leistung durch den Dritten gilt als Leistung des anweisenden Schuldners an seinen Gläubiger. Zweifellos kann indessen auch nach BGB. wie nach ALR. I 16 §§ 262, 264, C. c. art. 1275, die Anweisung zur Tilgung führen und als Mittel der Erfüllung dienen, wenn der Dritte den angewiesenen

Gläubiger des Anweisenden als seinen Gläubiger anerkennt und der Anweisungsempfänger dem Anweisenden, seinem Schuldner, quittirt. Das steht der d. i. s. durch Cession gleich.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Frage der d. i. s. bei Hingabe und Annahme von Wechseln. In dieser Beziehung ist durch das BGB. an dem Standpunkte, den die neuere Theorie und konstante Rechtsprechung zur Zeit seines Inkrafttretens einnahmen, nichts geändert. Der Wechsel ist weder Geld, noch ein geldgleiches Papier, sondern ein besonders geartetes abstraktes Schuldversprechen. Er ist kein Zahlungsmittel, kann als solches aber indirekt dadurch dienen, daß er die Zahlung von Geld vermittelt. Als Tilgungsmittel dient er in der Form des Rechtsgeschäfts der d. i. s. oder der Novation, Umschaffung, Umwandlung, des Neuerungsvertrages im Sinne des § 1001 des ÖBGB., einer Art des aufhebenden Vertrages, den das BGB. mit Stillschweigen übergangen hat, weil es seiner bei der freien Gestaltung des Vertragsrechts nicht zu bedürfen glaubte, während ALR. I 16 §§ 450—475, C. c. art. 1271—1281 über Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten durch Umschaffung, novatio, ausführliche Bestimmungen treffen.

Geben und Nehmen eines Wechsels für Schuld ist nicht Zahlung und d. i. s. nur, wenn deren Erfordernisse, wie sie oben entwickelt, festgestellt, auch wenn der kaufmännischen Uebung entsprechend der Wechsel als Zahlung gebucht ist. Selbst die Begebung des Wechsels und das Erhalten der Valuta ist keine definitive Zahlung und wirkt als solche erst dann, wenn feststeht, daß der Nehmer die Valuta behalten darf (oder durfte). Dafür macht es keinen Unterschied, ob der Schuldner seinen Wechsel giebt (eigenen oder Accept), oder fremden Wechsel, Rimesse. Nur darf der Gläubiger nicht die ursprüngliche Forderung, auch wenn sie durch Geben und Nehmen des Wechsels nicht hat getilgt werden sollen, und die Wechselforderung oder die ursprüngliche Forderung ohne Rücksicht darauf geltend machen, daß er einen Wechsel erhalten hat. Jedenfalls muß er den Wechsel zurückgeben, wenn er die alte Forderung geltend macht, oder darthun, daß der Schuldner an der Rückgabe kein Interesse hat, weil der Wechsel verjährt, vernichtet, präjudicirt.

Regelmäßig wird die Willensmeinung dahin gehen, daß der Gläubiger seine Befriedigung durch den Wechsel zu suchen verpflichtet ist, die ursprüngliche Forderung bis zur Entscheidung darüber, ob der Gläubiger Befriedigung erhält und die erhaltene behalten darf, in ihrer Wirkung suspendirt bleibt. Verschuldet der Gläubiger aber, daß er die erhaltene Valuta nicht behalten darf, indem er den Wechsel im Regreßwege ohne Verpflichtung dazu einlöst, oder verschuldet er sonst seine Nichtbefriedigung durch Unterlassen des Protestes, so muß er sich so behandeln lassen, als sei er befriedigt. Alles dies, wenn nicht nach dem erkennbaren Willen beider Theile der Wechsel an Zahlungsstatt gegeben und angenommen, d. h. zu dem Zweck, die ursprüngliche Forderung zu tilgen. Das wird vorliegen, wenn der Gläubiger dem Schuldner quittirt, die Schuldurkunde zurückgiebt. Die Willensmeinung kann auch dahin gehen, daß die ursprüngliche Forderung ohne Befriedigung aufgehoben, die Wechselverbindlichkeit an ihre Stelle treten soll. Vgl. über alles dies und die frühere Praxis ObTr. 63 S. 151. OHG. 4 S. 365, 5 S. 253, 7 S. 43, 9 S. 245, 10 S. 48, 132; 11 S. 308, 17 S. 269, 18 S. 391, 21 S. 38, 250; 20 S. 83, 23 S. 205, 24 S. 74, 76. RG. 31 S. 109. StrA. 17 S. 146. ObTr. 52 S. 126 (StrA. 54 S. 307). RE. 3 Nr. 259, Nr. 268.

Das BGB. bestimmt in § 364 Abs. 2, daß bei Uebernahme einer neuen Ver-

bindlichkeit durch den Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Zweifel doch nicht anzunehmen, daß die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernommen. D. h. das Gesetz stellt die Vermuthung auf, daß der Schuldner die neue Verbindlichkeit nur Erfüllungshalber, Zahlungshalber übernommen, daß durch die Uebernahme die alte Verbindlichkeit nicht aufgehoben oder getilgt, der Gläubiger nicht befriedigt, sondern nur ein anderer Weg zur Befriedigung des Gläubigers geschaffen werden soll. Das hat ebenso guten Grund wie der Satz in ALR. I 16 § 452, daß durch die Ausstellung neuer Urkunden über schon vorhandene Schuld in deren Natur nichts geändert werde. (Keine Novation.) Denn dadurch, daß der Schuldner sich neu verpflichtet, wenn auch in anderer Form oder unter Angabe anderen Verpflichtungsgrundes, erhält der Gläubiger materiell kein anderes Vermögens- oder Befriedigungsobjekt. Selbst dann, wenn Gläubiger und Schuldner, was möglich, wollen, daß das ursprüngliche Schuldverhältniß durch die neue Verbindlichkeit aufgehoben sein soll, ist von d. i. s. schwer zu reden, da der Gläubiger Befriedigung durch eine andere Leistung nicht erhält.

Der wenig glücklich formulirte Abs. 2 § 364 steht aber auf einem andern Standpunkt, indem er unterstellt, daß d. i. s. vorliegen kann, wenn der Schuldner eine neue Verbindlichkeit an Stelle der alten übernimmt. Die neue Verbindlichkeit darf nicht bloße Perpetuirung der alten sein. (Wechselprolongation, Prolongationswechsel. StrA. 70 S. 254, 63 S. 335, 339. Anerkennung durch deb. cessus.) In Wahrheit ist dies ein Fall der im BGB. nicht besonders geregelten Novation, Umschaffung, Umwandlung, wenn durch die neue die alte Verbindlichkeit beseitigt werden soll. C. c. art. 1271, 1275. RE. 3 Nr. 268. Darunter fällt insbesondere die Vorschrift in § 607 Abs. 2, wonach der Schuldner von Geld oder anderen vertretbaren Sachen mit dem Gläubiger vereinbaren kann, daß das aus anderem Grunde (Kauf) Geschuldete als Darlehen geschuldet werden soll. Durch solche Abrede wird wie bei der d. i. s. die alte Verbindlichkeit durch den Willen der Parteien aufgehoben; alle Accessionen derselben fallen fort, eine neue Verbindlichkeit tritt an ihre Stelle. Aber Befriedigung durch Leistung erhält der Gläubiger nicht und der Schuldner bleibt Schuldner. Dieser Unterschied von der d. i. s. hat seine Bedeutung in den Fällen, wo die alte Verbindlichkeit nicht klagbar, aber erfüllbar, das zur Erfüllung Geleistete nicht zurückgefordert werden kann. In diesen Fällen wirkt wirkliche d. i. s. wie Erfüllung, aber nicht die d. i. s. im Sinne § 364 Abs. 2. Vgl. § 762 Abs. 2, § 656 und andererseits § 222 Abs. 2.

Wird die neue Verbindlichkeit in § 364 Abs. 2 nicht an Erfüllungsstatt, sondern nur Erfüllungshalber übernommen, so bleibt auch nach BGB. die alte, neben der neuen Verbindlichkeit bestehen und der Gläubiger greift auf die alte Verbindlichkeit zurück, wenn die neue nicht zur Befriedigung führt. Ignoriren darf er auch nach BGB. die Uebernahme der neuen Verbindlichkeit nicht.

Wirkliche d. i. s. liegt vor, wenn der Schuldner dem Gläubiger mit dessen Willen zu seiner Befriedigung eine Forderung gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt giebt, so, daß der Schuldner dadurch befreit sein soll, § 365. Denn die Forderung gegen einen Dritten ist ein anderes Vermögensobjekt. Eine Vermuthung wie in § 364 Abs. 2 besteht in diesem Falle nicht; es kommt also alles auf die Gestaltung des einzelnen Falles und die Auslegung an. Regelmäßig wird

d. i. s. nicht anzunehmen sein, weil dahin steht, ob die Forderung an den Dritten zur materiellen Befriedigung führen wird.

Die Hingabe kann durch Cession der Forderung, bei Wechseln durch Giro, auch durch Delegation erfolgen, indem der Schuldner seinen Schuldner oder einen dritten Nichtschuldner anweist, dem Gläubiger zu versprechen, was er ihm, dem Schuldner, schuldet, der dritte Schuldner dem Gläubiger so oder abstrakt verspricht und der Schuldner vom Gläubiger dagegen definitive Befreiung erhält. l. 21 § 1 D. 39, 5. l. 37 § 4 D. 38, 1. Von der Schuldübernahme, § 414, ist dieser Fall verschieden. Auch in diesen Fällen setzt die Annahme der d. i. s. aber voraus, daß nach dem Willen der Parteien die Forderung an den Dritten als Erfüllung angenommen und der Schuldner befreit wird. Das gilt nach dem BGB. wie nach dem alten Recht namentlich auch für den Fall, daß Wechsel Dritter (Rimessen) für Schuld hingegeben werden. Auch in diesem Falle bleibt es dabei, worüber Theorie und Rechtsprechung bisher sicher waren, daß die Hingabe einer Rimesse grundsätzlich nur als Zahlungsversuch aufzufassen ist, der die Forderung des Gläubigers für den Fall bestehen läßt, daß der Wechsel von dem Dritten nicht eingelöst wird, der Gläubiger die beim Diskontiren erhaltene Valuta nicht behalten darf. Vgl. RG. 31 S. 109. RE. 3 Nr. 259 S. 4, 5. OHG. 4 S. 366, 5 S. 256, 10 S. 48, 132. Bolze 23 Nr. 391. Wo, wie in StrA. 33 S. 306, RE. 3 Nr. 263 Erk. b, der Schuldner das Accept eines Dritten ohne Giro an den Gläubiger giebt, ist von d. i. s. überhaupt nicht zu reden, kann nur Auftrag in rem suam zur Einziehung vorliegen.

Möglich ist auch, daß der Gläubiger, um sich zu befriedigen und den Schuldner zu befreien, den Schuldner anweist, das, was er schuldet oder abstrakt einem Dritten zu versprechen, dem der Gläubiger schuldet oder dem er freigebig zuwenden will und durch Cession zuwenden könnte.

Zu § 268 ist auch darauf hingewiesen, daß ein Fall der d. i. s. vorliegt, wenn der Dritte, der berechtigt ist, den Gläubiger zu befriedigen und dessen Forderung dadurch zu erwerben, den Gläubiger durch Aufrechnung befriedigt, d. h. seine Forderung gegen den Gläubiger verwendet, um dessen Forderung gegen den Zwangsvollstreckungsschuldner zu erwerben. Der Gläubiger erhält hier statt Befriedigung für seine Forderung Befreiung von seiner Schuld gegen den Eintrittsberechtigten.

28. Die d. i. s. wirkt Tilgung des Schuldverhältnisses wie durch Erfüllung. § 364 Abs. 1. ALR. I 16 §§ 235, 242. Mit dem Schuldverhältniß fallen alle Accessorien desselben, Pfand, Bürgschaft, fort; durch d. i. s. eines Gesammtschuldners werden alle Schuldner befreit und d. i. s. an einen Gesammtgläubiger tilgt die Forderung aller Gläubiger. §§ 422, 429. ALR. I 16 § 230; 5 §§ 435, 436. Der befriedigte Gläubiger hat zu quittiren und das Schulddokument herauszugeben oder zu mortifiziren. §§ 368, 371. OHG. 15 S. 155.

Bestand die Forderung, die durch d. i. s. befriedigt, nicht, so wird das i. s. Geleistete vom Schuldner unter denselben Voraussetzungen zurückgefordert wie bei Zahlung einer Nichtschuld. § 814. Vgl. ALR. I 16 § 468. Natürlich kann die Nichtschuld nur der Schuldner oder der Dritte geltend machen, der s. c. geleistet hat, nicht der dritte Besitzer der i. s. gegebenen Sache oder der Schuldner der i. s. cedirten oder begründeten Forderung, in dessen Munde die Berufung auf die Nichtexistenz der getilgten Forderung eine wahre exc. d. j. tertii wäre. StrA. 90 S. 146.

In OHG. 20 S. 37 war die Kaufpreisforderung des A an B durch d. i. s. zum Theil getilgt, im Konkurse des B aber dann der volle Kaufpreis liquidirt, festgestellt, die Akkordrate von der vollen Forderung gezahlt. Das aus der Konkursmasse Gezahlte konnte hier B mit der cond. ind. nicht kondiziren, weil die judikatmäßige Feststellung im Konkurse das indeb. ausschloß. Aber was A über seine volle Forderung hinaus dadurch erhalten, daß er sie voll im Konkurse liquidirt, hätte B jedenfalls als ungerechtfertigte Bereicherung kondiziren können.

Ist das Rechtsgeschäft der d. i. s. selbst nichtig von Anfang an oder in Folge Anfechtung, z. B. weil der Schuldner oder der Dritte, der für ihn leistet, nicht geschäftsfähig, oder wegen Irrthums, Betrugs, Zwangs, oder im Fall § 138 Abs. 2, oder ist die d. i. s. im Konkurse oder außerhalb desselben mit Erfolg angefochten, so bleibt das Schuldverhältniß unberührt. OHG. 20 S. 146, 15 S. 155, 17 S. 325. Vgl. KonkO. § 39 (32); Ges. v. 21. Juli 1879 § 8. ALR. I 16 § 465.

Anders in dem Fall, wo die d. i. s. ihren Zweck, den Gläubiger zu befriedigen, dadurch ganz oder theilweise verfehlt, daß die i. s. gegebene Sache dem Gläubiger entwährt wird oder in Folge natürlicher oder rechtlicher Mängel die beabsichtigte Befriedigung nicht oder nicht voll gewährt, oder die cedirte Forderung oder das abgetretene Recht nicht besteht, oder der Schuldner der cedirten Forderung vermögenslos ist oder wird.

Nach ALR. I 16 §§ 242, 243 ff. durfte der Gläubiger bei Eviktion innerhalb Jahresfrist zurücktreten, das i. s. Erhaltene zurückgeben und dagegen Befriedigung wegen seiner alten Forderung verlangen; nach Ablauf der Frist stand er wie der Käufer zum Verkäufer. Ebenso das gem. Recht. W. 2 § 342[14]. Nach § 365 BGB. hat wie nach C. c. art. 2038 und SBGB. § 1100 der Schuldner wie der Verkäufer zu haften, d. h. der Gläubiger hat wie der Käufer die Rechte bei Eviktion und auf Gewährleistung wegen Sachmängel, wenn der Vertrag über die d. i. s. nicht anders bestimmt, den Bestand der d. i. s. daran knüpft, daß Sache oder Recht keine rechtlichen oder natürlichen Mängel zeigt.

Daneben bleibt nach EG. Art. 32 die Vorschrift in § 835 (736) Abs. 2 CPO. bestehen, daß der Gläubiger, dem in der Zwangsvollstreckung eine Forderung des Schuldners an Zahlungsstatt überwiesen, als befriedigt soweit anzusehen ist, als die Forderung besteht. D. h. soweit die Forderung nicht besteht, fällt die d. i. s. in sich zusammen und lebt die Forderung des Gläubigers wieder auf. Bei d. i. s. außerhalb der Zwangsvollstreckung hat der Gläubiger, wenn die gegebene Sache ihm ganz oder theilweise evinzirt wird, die übertragene Forderung, das übertragene Recht nicht besteht, die Rechte des Käufers aus §§ 434, 437, 440 BGB. Auch die §§ 435, 436, 439 kommen zur Anwendung. Nach § 440 bestimmen sich diese Rechte nach den §§ 320—327. Da die d. i. s. voraussetzt, daß die Sache übergeben (aufgelassen), Forderung, Recht übertragen, der Gläubiger seine Forderung dagegen aufgegeben hat, d. h. daß der Gläubiger die von ihm geschuldete Gegenleistung gemacht hat, so bleiben die §§ 320—322 außer Betracht, ebenso § 324 Abs. 2.

Kann der Schuldner dem Gläubiger die Sache, das Recht nicht verschaffen, wozu er nach § 433 Abs. 1 verpflichtet, so kondizirt der Gläubiger im Falle des § 323 Abs. 1 nach § 323 Abs. 3 das von ihm Geleistete, d. h. die Befreiungserklärung, die Quittung der Schuld und fordert das etwa vom Schuldner bestellte,

demselben zurückgegebene Pfand zurück, muß natürlich aber auch die Sache zurückgeben. § 440 Abs. 2, 3. Gegen den Bürgen und den dritten Pfandbesteller geht die cond. nicht, insoweit lebt die Schuld nicht wieder auf. Vgl. die abweichende Auffassung von Schollmeyer zu § 365 unter 2, die darauf beruht, daß die einmal getilgte Forderung nicht wiederhergestellt werden könne, was ebenso wenig richtig erscheint, wie wenn man aufstellen wollte, daß eine irrthümlich quittirte Schuld nicht wieder aufleben könne.

Der Fall des § 324 Abs. 1, Verschulden des Gläubigers, ist möglich, wenn er auch kaum vorkommen wird; in diesem Falle bleibt es bei der Tilgung der Schuld. Im Falle des § 325, Verschulden des Schuldners, kann der Gläubiger Schadensersatz verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten oder sich mit der cond. begnügen. Im Wesentlichen werden diese Modalitäten im Erfolge auf dasselbe hinauslaufen; gegen den Bürgen oder dritten Pfandbesteller wirken sie auch hier nicht. Der § 326 findet seine Anwendung auf den Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf Verschaffung des Eigenthums an der Sache oder des Rechts.

Ist eine nicht bestehende Forderung i. s. übertragen, so fordert der Gläubiger nach §§ 440, 437, 365 wie bei Kauf einer nicht existirenden Forderung den Kaufpreis, bei der d. i. s. die Befreiungserklärung zurück, d. h. er macht seine Forderung geltend wie bei der cond. aus § 323 Abs. 3; aber gegen den Bürgen und den dritten Verpfänder geht die cond. auch hier nicht. Ueber weitere Ansprüche auf das Interesse vgl. zu §§ 433 ff. ObTr. 73 S. 47 (gem. R.).

Die Ansprüche wegen natürlicher Mängel der i. s. gegebenen Sache bestimmen sich gemäß §§ 365, 493, nach den §§ 459 ff. (§§ 463, 467, 480, 487). Die Wandelung, §§ 462, 467, muß auch hier dahin führen, daß der Gläubiger zurückgiebt, der Schuldner wieder schuldet, § 346 Satz 1, und das zurückerhaltene Pfand herausgiebt. Die Minderung, §§ 472, 473, hat davon auszugehen, daß die aufgegebene Forderung des Gläubigers der Kaufpreis ist, der in dem Verhältniß herabzusetzen ist, in welchem der Werth der fehlerhaften i. s. gegebenen Sache zu dem Werth der fehlerlosen Sache steht. Von theilweisem Wiederaufleben der getilgten Forderung ist dabei nicht die Rede, sondern der Schuldner zahlt die Differenz immer in Geld.

Wenn nicht der Schuldner, sondern ein Dritter in sol. geleistet hat, um den Gläubiger zu befriedigen, so kann unmöglich der Schuldner Gewähr leisten, wie aus der Fassung des § 365 geschlossen werden könnte; denn er ist nicht der Verkäufer, sondern der Dritte. Vgl. Entw. I § 265, dessen Fassung darüber keinen Zweifel ließ. In diesem Falle gilt § 365 nothwendig zwischen dem Gläubiger und dem Dritten. Aber die cond. der Befreiung geht ebenso nothwendig gegen den Schuldner, der befreit und dadurch bereichert ist. D. h. der Schuldner schuldet wieder, wie er bei eigener d. i. s. schulden würde.

Der § 365 trifft ausdrücklich nur für d. i. s. durch Hingabe einer Sache, durch Uebertragung einer Forderung gegen einen Dritten oder eines anderen Rechts, Bestimmung, nicht für d. i. s. durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit seitens des Schuldners oder eines Dritten. Dabei kann weder von Eviktion, noch von Gewährleistung die Rede sein; nur von Erfüllung und Interesseanspruch wegen Nichterfüllung.

Die im BGB. nicht besonders behandelte Schuldumschaffung, Umwandlung, Novation, ALR. I 16 §§ 450—475. C. c. art. 1271—1281, hat mit der d. i. s.

gemein die Vertragsnatur und die Beseitigung des alten Schuldverhältnisses nebst allen Accessorien, wenn der Vertrag mit Schuldner, Bürgen, Pfandbesteller in Bezug auf Pfand und Bürgschaft nicht anders bestimmt, I 16 §§ 454, 469, 470. C. c. art. 1278, 1279, 1280, 1281. RG. 3 Nr. 268. Auch nach BGB. kann wie durch Erfüllung, d. i. s., Aufrechnung seitens eines Dritten auch durch Novation seitens eines Dritten der Schuldner selbst wider seinen Willen befreit werden, da die Natur des Vertrages dem nicht entgegensteht, §§ 328 ff. OHG. 4 S. 204, 217; 5 S. 253, 8 S. 148, und beim Mangel besonderer Vorschriften die allgemeinen Vorschriften über Verträge Anwendung finden. Aus diesem und der Vertragstheorie sind alle Fragen nach den Wirkungen der Schuldumwandlung zu beantworten. Verwischt ist der Unterschied zwischen d. i. s. und Novation für das BGB. dadurch, daß nach § 364 Abs. 2 d. i. s. unterstellt wird, wo der Schuldner selbst ohne reale Befriedigung des Gläubigers demselben etwas anderes als das Geschuldete verspricht; dieser Fall ist von dem des § 607 Abs. 2 verschieden, wo das Geschuldete in einen anderen Schuldgrund, ein Darlehn, eingekleidet wird. Nach BGB. sind dieser Fall und der Fall der Umwandlung kausaler in abstrakte Schuld, §§ 780, 781, die einzigen Fälle der Novation, nachdem der Eintritt eines neuen Gläubigers durch Cession, eines neuen Schuldners durch Schuldübernahme ohne Umwandlung der Schuld erfolgt, und aktive und passive Delegation als d. i. s. gelten, wenn sie als solche nicht gemeint, aber auch nicht als Novation gelten können.

Auch bei der Novation wie bei der d. i. s. kommt alles auf den Willen der Parteien an, der darauf gerichtet sein muß, daß an die Stelle einer Verbindlichkeit eine andere treten soll. Auch nach BGB. ist Novation durch Wechsel möglich, wenn die Parteien gewollt und unzweideutig erklärt haben, daß der Wechsel die alte Verbindlichkeit beseitigen und an ihre Stelle treten soll. Vgl. StrA. 68 S. 150 (gem. R.), 40 S. 307 (französ. R.), ObTr. 32 S. 421, 52 S. 126, 62 S. 168, wo aus Art. 82 WO. hergeleitet ist, daß die Ausstellung eines eigenen Wechsels über ein Darlehn die Darlehnsobligation nicht aufhebt, nicht novirt. Vgl. OHG. 2 S. 250, 3 S. 142, 4 S. 366, 5 S. 253, 7 S. 43, 47; 10 S. 42, 48, 132; 17 S. 209, 18 S. 391, 23 S. 205, 24 S. 74, 76.

Im Uebrigen vgl. zu § 607 Abs. 2 auch über Umwandlung von eingetragenen Forderungen in Pfandbriefe. Allgemein ist hier nur noch zu bemerken, daß bei der Novation die neue Verbindlichkeit mit Rücksicht auf den Bestand der alten übernommen wird, die neue deshalb fortfällt und kondizirt wird, wenn die alte nicht bestand, und daß ebenso die alte nur mit Rücksicht auf die neue aufgegeben wird, die alte deshalb bestehen bleibt, wenn die neue nicht besteht, ferner daß eine unklagbare, nur erfüllbare Obligation durch eine neue Obligation nicht mit rechtlicher Wirkung ersetzt werden kann, wenn das Gesetz es nicht ausdrücklich zuläßt, § 222 Abs. 2 Satz 2, § 656 Abs. 2, § 762 Abs. 2 Satz 2, weil dadurch der Zweck des Gesetzes vereitelt würde.

Daß Judikat nicht novirt, ist nach BGB. wie nach früherem Recht unzweifelhaft. Vgl. ObTr. 58 S. 175. OHG. 11 S. 67. Ueber nov. durch Vergleich vgl. StrA. 19 S. 274 zu § 779, wo die Wirkung der nov. auf die Verjährung in Frage kam, die von Bedeutung bei nov. einer der kurzen Verjährung unterworfenen Forderung. Vgl. Bd. 1 S. 325, 326.

Die Frage, ob im Kontokurrentvertrage eine Novation enthalten, obwohl die einzelnen Kredit- und Debetposten der Rechnungsperiode von vornherein nur als

Rechnungsposten ohne selbständige Funktion gedacht sind, hat an Bedeutung durch § 356 HGB. II verloren, wonach, wenn eine an sich selbständige Forderung in die laufende Rechnung eingestellt wird, Pfand und Bürgschaft, die für die Forderung bestellt, soweit bestehen bleiben, als das Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken, d. h. soweit der Gläubiger nur überhaupt den Betrag der Forderung oder weniger zu fordern hat. Das schließt die Annahme einer Novation aus.

Auch nach BGB. ist von Novation nicht zu reden, wenn der Verpächter an den Pächter verkauft, oder der Kauf einer species aufgehoben und ein Kauf über eine andere species abgeschlossen wird, oder unter Aufhebung des Kaufs der Verkäufer an den früheren Käufer vermiethet. ObTr. 46 S. 118 (StrA. 44 S. 141). In allen diesen Fällen handelt es sich nicht um Ersatz einer Verbindlichkeit des Schuldners durch eine neue mit Rücksicht auf die alte, sondern um ein neues Schuldverhältniß mit gegenseitigen Rechten und Pflichten, neben welchen das alte Schuldverhältniß nach dem Willen der Parteien nicht bestehen kann (Miethe und Pacht neben Eigenthum) oder nicht bestehen soll. (Kauf über ein aliud unter Aufhebung des früheren Kaufs.) Nach dem Verkauf an den Pächter wird Pacht für die Zukunft nicht geschuldet, weil Pachtforderung nicht entstanden ist, nicht weil sie aufgehoben ist, und bei der Vermiethung an den Käufer wird der Kaufpreis nicht mehr geschuldet, nicht weil der Miethszins an seine Stelle getreten, sondern weil der Miether nicht mehr Käufer ist.

29. Ob der Schuldner sich durch d. i. s. befreien kann, ist nach dem Recht des Schuldverhältnisses zu beurtheilen, das getilgt werden soll. Wie die d. i. s. zu bewirken und wie sie wirkt, richtet sich nach dem Recht zur Zeit der d. i. s. wie bei allen anderen Rechtsgeschäften, die der Erfüllung dienen. Es versteht sich von selbst, daß die d. i. s. ausgeschlossen, wenn sie nach dem Gesetz zur Zeit der Vornahme so, wie sie gewollt, nicht mehr bewirkt werden kann. Vgl. RG. 48 S. 19 für die Hinterlegung. ALR. I 16 § 234. BGB. § 372.

---

2. Titel. Hinterlegung.

§ 372. Geld, Werthpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten kann der Schuldner bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegen, wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder in Folge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. [1—8, 21])

§ 373. Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kann er das Recht des Gläubigers zum Empfange der hinterlegten Sache von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig machen. [4, 6, 8, 12, 13])

§ 374. Die Hinterlegung hat bei der Hinterlegungsstelle des

Leistungsorts zu erfolgen; hinterlegt der Schuldner bei einer anderen Stelle, so hat er dem Gläubiger den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Der Schuldner hat dem Gläubiger die Hinterlegung unverzüglich anzuzeigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie unthunlich ist.[6, 8, 12])

§ 375. Ist die hinterlegte Sache der Hinterlegungsstelle durch die Post übersendet worden, so wirkt die Hinterlegung auf die Zeit der Aufgabe der Sache zur Post zurück.[8, 9])

§ 376. Der Schuldner hat das Recht, die hinterlegte Sache zurückzunehmen.

Die Rücknahme ist ausgeschlossen:

1. wenn der Schuldner der Hinterlegungsstelle erklärt, daß er auf das Recht zur Rücknahme verzichte;
2. wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt;
3. wenn der Hinterlegungsstelle ein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ergangenes rechtskräftiges Urtheil vorgelegt wird, das die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt.[5, 9, 10—13])

§ 377. Das Recht zur Rücknahme ist der Pfändung nicht unterworfen.

Wird über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet, so kann während des Konkurses das Recht zur Rücknahme auch nicht von dem Schuldner ausgeübt werden.[11])

§ 378. Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen, so wird der Schuldner durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte.[12])

§ 379. Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache nicht ausgeschlossen, so kann der Schuldner den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen.

Solange die Sache hinterlegt ist, trägt der Gläubiger die Gefahr und ist der Schuldner nicht verpflichtet, Zinsen zu zahlen oder Ersatz für nicht gezogene Nutzungen zu leisten.

Nimmt der Schuldner die hinterlegte Sache zurück, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt.[10, 12, 13])

§ 380. Soweit nach den für die Hinterlegungsstelle geltenden Bestimmungen zum Nachweise der Empfangsberechtigung des Gläubigers eine diese Berechtigung anerkennende Erklärung des Schuldners erforderlich oder genügend ist, kann der Gläubiger von dem Schuldner die Abgabe der Erklärung unter denselben Voraussetzungen verlangen, unter denen er die Leistung zu fordern berechtigt sein würde, wenn die Hinterlegung nicht erfolgt wäre.[13])

§ 381. Die Kosten der Hinterlegung fallen dem Gläubiger zur Last, sofern nicht der Schuldner die hinterlegte Sache zurücknimmt.[10])

§ 382. Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Empfange der Anzeige von der Hinterlegung, wenn nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet; der Schuldner ist zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat.[8, 11, 14])

§ 383. Ist die geschuldete bewegliche Sache zur Hinterlegung nicht geeignet, so kann der Schuldner sie im Falle des Verzugs des Gläubigers am Leistungsorte versteigern lassen und den Erlös hinterlegen. Das Gleiche gilt in den Fällen des § 372 Satz 2, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden ist.

Ist von der Versteigerung am Leistungsort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist die Sache an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern.

Die Versteigerung hat durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen (öffentliche Versteigerung). Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich bekannt zu machen.[15—20])

§ 384. Die Versteigerung ist erst zulässig, nachdem sie dem Gläubiger angedroht worden ist; die Androhung darf unterbleiben, wenn die Sache dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist.

Der Schuldner hat den Gläubiger von der Versteigerung unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Die Androhung und die Benachrichtigung dürfen unterbleiben, wenn sie unthunlich sind.[17—19])

§ 385. Hat die Sache einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Schuldner den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken.[17—19])

§ 386. Die Kosten der Versteigerung oder des nach § 385 erfolgten Verkaufs fallen dem Gläubiger zur Last, sofern nicht der Schuldner den hinterlegten Erlös zurücknimmt.[20])

Hinterlegung. Deposition. depositio. Selbsthülfeverkauf. §§ 372—386. EG. Art. 144—146. Entw. I § 272; II §§ 321—330; III §§ 366—380. ALR. I 16 §§ 213—234. SBGB. §§ 756—760. C. c. art. 1257—1264. W. 2 § 347. Eccius 1 § 92. D. PrPr. 2 § 99. D. BR. 2 §§ 121, 122, 123. RE. 2 Nr. 262. Endemann 1 § 143. Cosack 1 § 110. Crome, System 2 §§ 189, 190. Z-Cr. 2 § 302. Beer, die Hinterlegung (1900). Ihering, Jahrb. Bd. 41 S. 411 ff.

I. 1. Die Hinterlegung hat wie die Zahlung und die Tradition die verschiedensten Gründe und Zwecke; von Grund und Zweck hängt konkret die Rechtsnatur der Hinterlegung ab wie die der Zahlung und Tradition. Hinterlegt werden kann zur Aufbewahrung, zur Pfandbestellung, zur Sicherheitsleistung; hinterlegt werden kann vom Gläubiger, vom Schuldner, von einem Dritten; hinterlegt werden kann endlich vom Schuldner zum Zweck seiner Befreiung von der Schuld, zur Befriedigung des Gläubigers, zur Erfüllung. Das Rechtsinstitut der Hinterlegung ist in allen diesen Formen alten Rechts. Das ALR. schied in dem Abschnitt von der Deposition die Deposition zum Zweck der Tilgung, §§ 215—225, 228 bis 234, von der Deposition zu anderem Zweck, § 226 (§ 360; § 222 I 11). Bei der Deposition zum Zweck der Erfüllung, Tilgung der Forderung, will der Schuldner erfüllen, weil er anerkennt, schuldig zu sein, aber behindert ist, zu erfüllen. Bei der Hinterlegung durch den Schuldner zu anderem Zweck, will der Schuldner nicht erfüllen, sondern sich gegen die rechtlichen Folgen der Erfüllung schützen, weil er nicht verpflichtet, zu leisten. Das gem. R., das ALR., das BGB., die CPO., andere Reichsgesetze und die Landesgesetze weisen zahlreiche Fälle beider Art auf.

Im BGB. handelte es sich um Hinterlegung zum Zweck der Erfüllung (Befreiung) in den §§ 52 Abs. 1 (88), 660, 1077, 1142, 1150, 1249, 1224, 1281, 2039, 2114, §§ 1171, 1192, 1269. Fälle der Hinterlegung zur Sicherheitsleistung, §§ 232 ff., oder zur Sicherung enthalten die §§ 1082, 1392, 1808, 1814 ff., 1818, 1667, 1686, 1951 (H. zur Sicherung von Nießbraucher und (oder) Eigenthümer, von Frauen-, Kinds-, Mündelgut), § 1960 (Nachlaßschutz), §§ 1217, 1219, 2116 (Sicherung des Verpfänders, des Nacherben). Dahin zu rechnen ist auch der Fall des § 489, wo im Rechtsstreit über die Wandelung beim Thierkauf durch einstweilige Verfügung auf Antrag die Versteigerung des Thieres und die Hinterlegung des Erlöses zur Ersparung von Futterkosten im Interesse beider Parteien angeordnet werden kann, der Erlös an die Stelle des Thieres tritt. Eine doppelte Natur hat die Hinterlegung von Alimenten durch den Vater vor der Geburt des Kindes in § 1716. Besonderer Natur ist die Hinterlegung von Mündelgeld behufs Anlage in § 1808 (EG. Art. 144 Satz 2).

Zahlreich sind die Fälle der Hinterlegung nach der CPO. zur Sicherheitsleistung § 108, zur Sicherung von Gläubiger oder Schuldner im Zwangsvollstreckungsverfahren, §§ 707, 710, 713, 754, 720, 719, 865, 817, 819, 837 ff.. 868, 930, 890, 730, 751, 771, 775 Nr. 3, bei Arrest und einstweiliger Verfügung, §§ 921, 925, 928, 930, 934, 939. Die Hinterlegung in den §§ 839, 853 hat die rechtliche Natur der H. zur Erfüllung, RG. 49 S. 358, und jetzt sicherlich auch der Fall der Hinterlegung in § 75 CPO., worüber nach § 72 CPO. in der älteren Fassung wohl gestritten werden konnte. Vgl. § 376 Nr. 1, § 378 BGB.

Als Hinterlegung zum Zweck der Erfüllung erscheint ferner die H. in KonkO. § 169, in HGB. II §§ 301 Abs. 2, 373, 437, 601, 604, 646, GenossenschGes. § 90, Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. § 73, BinnenschiffGes. § 52, WO. Art. 40, 73 (98 Nr. 5, 9), während es sich in WO. Art. 25 um H. zur Sicherheitsleistung handelt. Andere Fälle der Hinterlegung vgl. im ZwangsverstGes. §§ 49, 65, 108, 117 Abs. 2, 120, 121, 124, 126 (142), endlich in §§ 32, 34, 37 Preuß. Enteignungsges., RG. 47 S. 256, 260, Eisenbahnges. §§ 11, 12.

2. Das BGB. behandelt in den §§ 372—382 nur die Hinterlegung bei einer öffentlichen Stelle zum Zwecke der Erfüllung, in den §§ 383—386 die Versteigerung nicht hinterlegbarer beweglicher Sachen zum Zweck der Hinterlegung des Erlöses zur Erfüllung. Nach diesen Vorschriften sind alle Fälle der Hinterlegnng zum Zweck der Erfüllung zu behandeln, auch die außerhalb des BGB. geordneten. Die Hinterlegung muß an öffentlicher Stelle erfolgen, die dazu bestimmt ist. Hinterlegung durch den Schuldner bei einem Dritten, einer Privatperson, zu dem Zweck, damit dieser den oder die Gläubiger des Hinterlegenden befriedige, fällt nicht unter die §§ 372 ff., sondern ist aus §§ 328 ff., wo der Fall erwähnt ist, zu behandeln. Die Wirkung der H. nach §§ 372 ff. hat sie nie.

Die öffentliche Hinterlegung wird in der Rechtslehre in die Kategorie der Verträge nach §§ 328 ff. eingereiht, und das Rechtsverhältniß der Hinterlegungsstelle zu dem Schuldner und zu dem Gläubiger enthält Analoges. Praktische Bedeutung hat diese dogmatische Einreihung nicht; der Fall der Hinterlegung durch den Schuldner für den Gläubiger hat seine besondere Regelung erhalten. Einen entscheidenden Unterschied begründet, daß der Schuldner an erster Stelle in seinem Interesse und aus seinem Recht hinterlegt, den Gläubiger selbst wider dessen Willen an erster Stelle verpflichtet, nicht berechtigt, insofern der Gläubiger sich gefallen lassen muß, daß er befriedigt wird, sein Recht auf das Hinterlegte daraus, nicht aus der Hinterlegung folgt, der Gläubiger abweichend von § 333 die Hinterlegung, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen, und seine Befriedigung, den Effekt der Erfüllung, wider den Willen des Schuldners nicht zurückweisen, wenn er auch sein Recht auf das Hinterlegte zu Gunsten des Schuldners, nicht zu seinem Nachtheil, ausdrücklich oder stillschweigend, § 382, § 1171 Abs. 3, § 1269 Satz 3, EG. Art. 145, aufgeben kann.

3. Die Einrichtung öffentlicher Hinterlegungsstellen setzt das BGB. voraus. Die Einrichtung ist den Landesgesetzen überlassen, denen in EG. Art. 144—146 außer den Vorschriften über die sachliche und örtliche Zuständigkeit der eingerichteten Stellen das Detail der Hinterlegung, das Verfahren dabei, die Modalitäten des Legitimationsnachweises für den Berechtigten, die Behandlung des Hinterlegten (Vermischung, Verkauf), die Bestimmung über den Verbleib des Hinterlegten, wenn der Gläubiger sein

Recht verloren hat, überlassen ist. Eine Ausnahmevorschrift giebt Art. 146; sonst müssen sich die Landesgesetze für die H. zum Zweck der Erfüllung im Rahmen der §§ 372 ff. halten, dürfen davon nicht grundsätzlich abweichen. Der Abs. 2 Art. 145 sagt ausdrücklich, daß die Hinterlegung von einer gerichtlichen Anordnung nicht abhängig gemacht werden kann. Aus §§ 372 ff. würde dies ohne ausdrückliche Bestimmung folgen, während nach § 214 I 16 ALR. die Zulassung der Deposition bei Gericht nachzusuchen war, was aber durch § 19 der Preuß. Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 (GS. S. 249) geändert wurde. Für die Konsulargerichtsbezirke können durch Kaiserl. Verordnung die den Landesgesetzen vorbehaltenen Bestimmungen über die Hinterlegung und Hinterlegungsstellen getroffen werden. § 39 Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 (RGBl. S. 213), der auch für die Schutzgebiete gilt. § 2 Gesetz v. 15. März 1888 (RGBl. S. 75).

Für Preußen besteht die HinterlO. v. 14. März 1879 (vgl. Pr. JMBl. 1879 S. 156, 216 ff., 1899 S. 173), die auch für Waldeck-Pyrmont gilt, V. v. 27. Dez. 1899, GS. 1900 S. 1, und durch Art. 84 des Ausf.Ges. z. BGB. mehrfach geändert ist. Von Bedeutung sind besonders § 1, der die Hinterlegungsstellen für Geld, Werthpapiere auf Inhaber und solche auf Namen, deren Zahlung aber an den Inhaber erfolgen kann, und für Kostbarkeiten bei den Bezirksregierungen bestimmt, während § 87 (n. F.) für die Hinterlegung anderer Werthpapiere und sonstiger Urkunden die Amtsgerichte bestellt. Damit ist die Zuständigkeit der Hinterlegungsstellen sachlich bestimmt. Nach § 89 (n. F.) können andere Sachen als Geld, Werthpapiere, sonstige Urkunden und Kostbarkeiten nicht hinterlegt werden. EG. Art. 146, der die §§ 372—382 auf Schuldverhältnisse anwendbar erklärt, die auf Leistung anderer als den in § 372 bezeichneten Sachen gerichtet sind, falls solche nach Landesgesetz hinterlegbar, hat keine praktische Bedeutung erlangt, da keine der verschiedenen HinterlO. von dieser Befugniß Gebrauch gemacht hat. Auf die Hinterlegung aus §§ 372 ff., §§ 1171, 1269, beziehen sich in der Preuß. HO. besonders die §§ 18, 19 (n. F.), 58a, b (n. F.), 77 Abs. 2 (n. F.). Nach § 7 geht hinterlegtes Geld immer in das Eigenthum des Staats über. EG. Art. 145 Abs. 1 Satz 1. Unberührt bleiben die Bestimmungen der HO. §§ 53 ff. über Einstellung der Verzinsung. Die Vorschriften über das Aufgebot nicht ausgezahlter Beträge sind in §§ 58a, 61, 64 (n. F.) für die Fälle der §§ 382, 1171 Abs. 3, 1269 Satz 3 dem BGB. angepaßt. In den §§ 70 ff. der HO. ist die vorläufige Verwahrung von Sachen der in § 1 bezeichneten Art für dringende Fälle bei den Amtsgerichten zugelassen, und § 72 (n. F.) bestimmt, daß dieselbe in dem Verhältnisse zwischen den Betheiligten als Hinterlegung gilt. Aus § 77 (n. F.) folgt, daß die Verwahrung von dem Schuldner auch zum Zwecke der Befreiung von seiner Verbindlichkeit nachgesucht werden kann, dann soll § 18 Abs. 1, 2 (n. F.) Anwendung finden. Führt die Verwahrung zur Hinterlegung bei der Hinterlegungsstelle, so gilt die Hinterlegung nach § 72 (n. F.) als mit der Annahme zur vorläufigen Verwahrung als erfolgt. Vgl. § 375. Das Amtsgericht ist insofern als Hinterlegungsstelle bestellt, was zu bestimmen nach Art. 144 Satz 1 EG. das Landesgesetz befugt ist.

Außer in Preußen bestehen besondere Hinterlegungsordnungen in Bayern (V. v. 18. Dez. 1899), Baden (Ges. v. 7. Juni 1884, Art. 37 Ausf.Ges. z. BGB.), Braunschweig (Ges. v. 12. Juni 1899), Schaumburg-Lippe (Ges. v. 20. Juni 1899),

Elsaß-Lothringen (Ges. v. 1. Nov. 1899), Bremen (Ges. v. 18. Juli 1899), Hamburg (Ges. v. 14. Juli 1899), Lübeck (Ges. v. 20. März 1899), Mecklenburg (V. v. 9. April 1899), Hessen (V. v. 19. August 1899), Reuß (HO. v. 10. August 1899), Schw.-Rudolstadt (V. v. 11. Dez. 1899), Koburg-Gotha (V. v. 23. Okt. 1899), Meiningen (Ges. v. 27. Dez. 1899), Sachs.-Weimar (V. v. 29. Nov. 1899). In anderen Bundesstaaten (Württemberg, Kgr. Sachsen, Sachs.-Altenburg, Anhalt, Oldenburg) sind die Vorschriften über die Hinterlegung in den Ausführungsgesetzen z. BGB. enthalten Vgl. darüber Becher, die Ausführungsgesetze zum BGB. Meistens sind die Gerichte (Amtsgerichte) zu Hinterlegungsstellen bestellt.

4. Oeffentlich hinterlegen kann nach § 372 der Schuldner für den Gläubiger zum Zwecke der Erfüllung, nach § 429 Abs. 3 Satz 1 auch für den Gesammtgläubiger. Hinterlegung für den Nichtgläubiger hat für den Gläubiger natürlich keine Wirkung, auch nicht gegen ihn, hat nur die Bedeutung der Erfüllung einer Nichtschuld zwischen dem Hinterlegenden und dem, für den hinterlegt, verpflichtet diesen, wenn der Hinterlegende nicht mehr zurücknehmen kann, § 376 Abs. 1, zur Anerkennung der Nichtschuld und Einwilligung in die Rückgabe. Vgl. RG. 49 S. 358. Der Schuldner hinterlegt für den Gläubiger, wenn er schuldig zu sein anerkennt, erfüllen will, an der Erfüllung behindert ist, RG. 47 S. 256, nicht, wenn er hinterlegt, um sich wegen Gegenansprüche zu sichern. § 226 I 16. RG. 6 S. 278. StrA. 12 S. 233, 35 S. 306. Im letzteren Falle behauptet er Tilgung durch Aufrechnung; ein Fall der Hinterlegung aus §§ 372 ff. liegt nicht vor. Anders, wenn der Schuldner aus gegenseitigem Vertrage schuldig zu sein bekennt, aber nur gegen Leistungen der anderen Seite. § 373; §§ 273, 274.

Grundsätzlich kann nur der Schuldner hinterlegen. Wer nach § 267 den Schuldner durch Leistung an den Gläubiger befreien kann und will, kann nicht hinterlegen, auch wenn der Schuldner hinterlegen könnte. Vgl. oben zu §§ 266—272 Seite 79, 80. Ein Dritter kann hinterlegen nur, wo ihm, wie in § 268 und den dort erwähnten Fällen der §§ 1142 (1150), 1171, 1224, 1249, das Gesetz die Befugniß zu hinterlegen statt zu leisten ausdrücklich einräumt. In allen diesen Fällen kann aber auch der Dritte immer nur unter den Voraussetzungen des § 372 hinterlegen. In § 1142 ist es ausdrücklich gesagt. Selbstverständlich ist, daß auch im Falle § 267 der Gläubiger sich die Hinterlegung gefallen lassen, die Hinterlegung annehmen kann, § 376 Nr. 2. Dann wirkt die Hinterlegung aber befreiend ausschließlich durch diese Annahmeerklärung und gemäß §§ 328 ff. Der Gläubiger ist befugt, gemäß § 333 abzulehnen, was für ihn hinterlegt ist oder die Hinterlegung zu ignoriren. Nach § 422 kann von mehreren Gesammtschuldnern jeder hinterlegen.

5. Grundsätzlich ist die Hinterlegung zum Zweck der Erfüllung ein Recht des Schuldners, keine Pflicht. § 372. Der Gläubiger hat entweder Leistung zu fordern oder nichts, auch nicht Hinterlegung; daß die Hinterlegung gegenüber der Leistung ein minus, das der Gläubiger stets fordern könnte, wie das ObTr. in StrA. 63 S. 335 annimmt, läßt sich nach BGB. nicht sagen. Will der Gläubiger sich wegen künftiger Leistung sichern, so hat er den Weg des Arrestes. CPO. § 916. Kann er die Leistung nicht fordern, weil er sich nicht legitimiren, nicht löschungsfähig quittiren, die Schuldurkunde nicht herausgeben kann, der Mortifikationsschein nicht genügt, so trägt er die Folgen, aber dem Schuldner kann die Hinterlegung nicht angesonnen werden, die ihm das Dokument oder die Quittung

nicht verschafft, die er zu fordern hat. StrA. 62 S. 350. ObTr. 62 S. 127 (StrA. 76 S. 134). RG. 17 S. 228 und andrerseits Präj. 718, StrA. 63 S. 335, wo angenommen ist, daß der Cessionar vom Schuldner Hinterlegung fordern kann, wenn die cedirte Forderung nach der Cession gepfändet wird. Nach BGB. kann Pflicht zur Hinterlegung nur angenommen werden, wo das Gesetz sie dem Schuldner ausdrücklich auferlegt.

Solche Fälle kennt das BGB. und die CPO. Nach § 432 Satz 2 BGB. kann jeder der mehreren Gläubiger untheilbarer Leistung vom Schuldner die Hinterlegung für alle Gläubiger zur Erfüllung fordern, wenn sie nicht Gesammtgläubiger sind. Vgl. § 646 HGB. II. Ebenso in den Fällen der §§ 1077 (1080), 2114, 1281, 2039, 660 Abs. 2, wo auf der Gläubigerseite Gläubiger und Nießbraucher, Gläubiger und Pfandgläubiger, Vorerbe und Nacherbe, mehrere Erben, mehrere Gläubiger aus der Auslobung konkurriren. Nach der CPO. § 853 ist bei Pfändung einer Geldforderung für Mehrere der Drittschuldner berechtigt zu hinterlegen, jeder Gläubiger aber auch berechtigt, die Hinterlegung zu verlangen, der Schuldner zur Hinterlegung verpflichtet. § 856. Eine Verpflichtung des Schuldners, zu hinterlegen, wenn für einen Gläubiger gepfändet ist, wie sie im Präj. 718, StrA. 76 S. 246, 100 S. 1, RG. 17 S. 292 für Preuß. R. angenommen, besteht nicht. Einen Fall der Verpflichtung zur Hinterlegung giebt auch WO. Art. 73 (98 Nr. 9). Im Uebrigen finden die §§ 372 ff. auf Wechselforderungen Anwendung wie auf andere Forderungen.

Auf alle diese Fälle erzwingbarer Hinterlegung finden die §§ 372 ff. Anwendung. Ist auf Verlangen des Gläubigers freiwillig oder auf dessen Klage nach rechtskräftiger Entscheidung hinterlegt, so wird der Schuldner definitiv befreit und dem Gläubiger gegenüber ist von Widerruf der Hinterlegung gemäß § 376 durch Rücknahme des Hinterlegten nicht mehr die Rede. Auch der Hinterlegungsstelle gegenüber ist die Rücknahme ausgeschlossen, nicht bloß, wenn der Gläubiger ihr gegenüber die Annahme erklärt, der Schuldner auf die Rücknahme verzichtet hat, sondern auch, wenn der Stelle das Urtheil auf Hinterlegung vorgelegt ist, § 376 Nr. 3, oder wenn ihr auch nur der Sachverhalt aus der Hinterlegungserklärung bekannt ist. Nur wo die Rücknahme auch bei Verzicht auf die Rücknahme zulässig, § 382, und in den gleichstehenden Fällen, ist die Rücknahme auch hier gestattet.

6. Voraussetzungen der Hinterlegung. Ohne besonderen Grund kann der Schuldner nach § 372 wie nach früherem Recht, nicht hinterlegen; hinterlegen ist an sich nicht an den Gläubiger leisten; die öffentl. Hinterlegung für den Gläubiger tritt nur an die Stelle der Leistung an den Gläubiger, wo das Gesetz sie gestattet. Hinterlegung ohne Grund ist wirkungslos, hat gegen den Gläubiger keine Bedeutung und kann der Klage auf Zahlung nicht entgegengesetzt werden. § 378, § 379 Abs. 1. OHG. 24 S. 314. l. 6 D. 2, 8. Vgl. unter 12 und 13. Da sie die Leistung ersetzen soll, so versteht sich an erster Stelle von selbst, daß sie dem Gläubiger das gewähren muß, was ihm gewährt werden müßte, wenn ihm geleistet würde. Der Schuldner kann Theilleistung wider den Willen des Gläubigers mit dem rechtlichen Erfolge der Erfüllung so wenig hinterlegen, wie er Annahme solcher Leistung verlangen kann, RG. 47 S. 256. Wohl aber kann er hinterlegen, wenn er für seine Leistung eine Leistung des Gläubigers zu fordern hat. In § 373 ist diese Hinterlegung ausdrücklich zugelassen und dem Schuldner gestattet, das Recht des Gläubigers zum Empfange von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig zu machen. Solche Hinterlegung ist aber auch keine wirksame Hinterlegung, wenn der Schuldner eine

Leistung nicht zu fordern oder vorzuleisten hat. Fälle des § 373 bietet nicht bloß § 320 für gegenseitige Verträge, sondern auch §§ 255, 273, 268, 371.

Der Schuldner kann auch anderes, als er schuldet, zur Erfüllung nicht hinterlegen, auch nicht hinterlegen, bevor er leisten kann. Alles das ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, weil es sich von selbst versteht, ebenso wie es sich von selbst versteht, daß der Gläubiger Hinterlegung von Theilleistung und vor der Fälligkeit und anderen Objekts durch Annahme gemäß § 376 Abs. 2 Nr. 2 genehmigen und wirksam machen kann. Hat der Schuldner eine Nichtschuld oder mehr hinterlegt, als er schuldet, so fordert er, wenn die Hinterlegung nach §§ 376 Abs. 2, 378 definitiv wirksam geworden ist, gegen den Gläubiger mit der cond. ind. die Einwilligung in die Rückgabe, wenn nicht die res judicata, § 376 Abs. 2 Nr. 3, entgegensteht. Vgl. den Fall RG. 49 S. 358, wo der dritte Schuldner mehr als die Schuld hinterlegt hatte, weil er nicht bloß für den Pfändungspfandgläubiger, sondern auch für einen Cessionar des Schuldners hinterlegt hatte, gegen den die Hinterlegung nicht wirksam war.

Die Hinterlegung müßte auch am richtigen Erfüllungsort, § 279, § 270, erfolgen, um wirksam zu sein. Hier bestimmt § 374 Abs. 1 aber ausdrücklich, daß Hinterlegung am unrechten Ort die Hinterlegung nicht unwirksam macht, nur zur Leistung des Interesse verpflichtet, das einen sehr verschiedenen Inhalt und Umfang haben kann. Die Hinterlegungsstelle kann deshalb niemals die Hinterlegung ablehnen, weil sie nicht der richtige Erfüllungsort; nur wenn der Gläubiger an einem bestimmten Ort hinterlegen will, weil dieser Ort der Erfüllungsort, kann die Hinterlegungsstelle ihre örtliche Unzuständigkeit für diesen Ort geltend machen.

Zu diesen sebstverständlichen, aus dem Wesen der Hinterlegung folgenden Voraussetzungen muß aber einer der besondern Hinterlegungsgründe des § 372 hinzukommen, entweder a. Annahmeverzug des Gläubigers; oder b. daß der Schuldner aus einem anderen Grunde in der Person des Gläubigers, oder in Folge unverschuldeter Ungewißheit über die Person des Gläubigers nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Zu beweisen hat der Schuldner den Grund der Hinterlegung.

Beide Hinterlegungsgründe sind alten Rechts. W. 2 § 347 Anm. 2, 3. ALR. I 16 §§ 215, 216, 218, 219, 220; 7 § 168 (137, 138). SBGB. §§ 756, 759 (Verzug, Abwesenheit, Unbekanntheit, Verfügungsunfähigkeit, zweifelhafte Berechtigung des Gläubigers, Beschlagnahme). C. c. art. 1257, 1264 (Weigerung der Annahme). Ueber Annahmeverzug vgl. zu §§ 293 ff. oben S. 135 ff. Ueber die Fälle zu b haben nach früherem Rechte Zweifel und Kontroversen bestanden, die auch bei der Fassung des Satz 2 § 372 nicht fehlen werden. In der Person des Gläubigers liegt ein Grund, daß der Schuldner nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann, vor, wenn der Gläubiger unbekannt, verschollen, abwesend und nicht vertreten, verfügungsunfähig und nicht vertreten, oder die Vertretung nicht bekannt, wenn er sich nicht legitimiren kann, wenn er das erforderliche Dokument nicht herausgeben kann.

Ungewißheit über die Person des Gläubigers soll die Hinterlegung rechtfertigen, wenn sie nicht auf Fahrlässigkeit beruht. BGB. § 276. Solche Ungewißheit kann bestehen, wenn die Gläubigereigenschaft oder die Berechtigung des Gläubigers, zu verfügen oder die gesetzliche Vertretung Bedenken erweckt. Pfändung ohne Ueberweisung an den Pfandgläubiger berechtigt zur Hinterlegung. § 1281. RG. 17 S. 292. Wenn mehrere Prätendenten auf dieselbe Forderung auftreten, kann der Fall so liegen, daß der Schuldner zwingenden Grund zu Zweifeln über

die Legitimation hat. Vgl. HGB. II § 689. WO. Art. 36, 74. Dabei kommt alles auf die Lage des einzelnen Falls und die Frage an, ob der Schuldner eine verständige Besorgniß haben konnte, die Zahlung werde ihn nicht befreien. Selbst die Person des Schuldners, das bei ihm vorauszusetzende Maß von Rechtskenntnissen und die parate Möglichkeit der Belehrung können dabei in Betracht gezogen werden. Zwischen objektiver und bloß subjektiver Ungewißheit darf nicht geschieden werden. l. 1 § 37 D. 16, 3. W. 2 § 347[a]. Nach § 372 darf die subjektive Ungewißheit nur nicht auf Fahrlässigkeit des Schuldners beruhen; sonst kann sie ebenso durch thatsächliche wie durch rechtliche Zweifel begründet werden. RG. 7 S. 420. OHG. 24 S. 314. StrA. 94 S. 327. RG. 44 S. 163 (gem. R.). Klares Recht des wahren Gläubigers darf durch Hinterlegung nicht verletzt, andrerseits dem Schuldner nicht zugemuthet werden, ein Risiko auf sich zu nehmen, wenn solches nicht offenbar ohne Grund befürchtet wird. Das kann der Gläubiger auch im Falle des § 75 (72) CPO. darlegen, und die Entlassung des Schuldners aus dem Rechtsstreit muß gewiß abgelehnt werden, wenn der Gläubiger darthut, daß der Schuldner mit dem Dritten kolludirt.

Von diesen Gesichtspunkten aus sind die bisherigen Ergebnisse der Praxis zum Theil bedenklicher Natur. In StrA. 94 S. 327, RE. Nr. 262 Erk. a, hatte A in der Subhastation ein Grundstück zugeschlagen erhalten mit dem Recht, von B die Herausgabe einer mündlich verkauften Parzelle gegen Zahlung von 260 zurückzufordern, hatte die 260 aber hinterlegt, weil bei der Kaufgelderbelegung ein ausgefallener Hypothekengläubiger Anspruch auf die 260 erhoben hatte, und klagte gegen B auf Herausgabe. Das ObTr. verwarf die Einrede des B, daß nicht gezahlt und verurtheilte, weil der Kläger genügend begründete Zweifel an der Legitimation des B gehabt, was nach der Sachlage schwer verständlich, da die Gläubigereigenschaft des B klar war.

In StrA. 82 S. 211 hatte A wegen Forderung gegen B sich dessen Forderung gegen C überweisen lassen, obwohl dieselbe bereits an D cedirt war, weil er die Simulation der Cession behauptete, was er dem C mittheilte. Als D gegen C klagte, der für A und D hinterlegt hatte, wies das ObTr. ab, weil C ein Gebot gewöhnlicher Vorsicht befolgt habe, als er hinterlegte. Hier war die Ueberweisung an A gegenstandslos, wenn die Cession von D bestand und die Behauptung des A, daß sie simulirt, konnte das Recht des D und die Pflicht des C, dem notifizirt war, nicht berühren. Die Berechtigung zur Hinterlegung war deshalb sehr fraglich, wenn mehr als die Behauptung des A nicht vorlag. In StrA. 76 S. 214 ist der Schuldner, der nach notifizirter unbeglaubigter Cession hinterlegt hatte, weil nach der Cession gepfändet war, auf die Klage des Cessionars auf Zahlung zur Einwilligung in die Auszahlung aus der Hinterlegungsstelle an den Cessionar verurtheilt, weil er beim Mangel der Beglaubigung der Cession habe hinterlegen dürfen. Vgl. jetzt §§ 403, 410. Dagegen ist in ObTr. 63 S. 99 (StrA. 77 S. 289) der Hypothekenschuldner, der nach Pfändung hinterlegt hatte, obwohl ihm vollständig nachgewiesen war, daß vor der Pfändung cedirt war, auf die Klage des Cessionars zur Zahlung trotz der Hinterlegung verurtheilt, weil der Schuldner, der die Cession wisse, zu hinterlegen nicht berechtigt, unbedingte Befolgung eines gegenstandslosen Arrestschlages nicht geboten sei.

Auf demselben Standpunkte stehen OHG. 22 S. 143, 24 S. 314. Ganz anders

wieder OHG. 10 S. 431, wo A an B verkauft, C unter der Behauptung, daß A für seine Rechnung verkauft, gegen B auf Zahlung des Kaufpreises geklagt hatte, aber angebrachtermaßen abgewiesen war, B sich, als A auf Zahlung klagte, trotzdem darauf berief, daß er hinterlegt habe. Das OHG. hat die Klage abgewiesen, weil nicht ausgeschlossen, daß B noch einmal in Anspruch genommen werde. Solche bloße Möglichkeit künftiger Inanspruchnahme nach erfolgter Abweisung kann nach § 372 die Hinterlegung keinesfalls rechtfertigen, war dazu auch schon nach früherem Recht schwerlich geeignet.

Ueber Fälle, wo begründete Ungewißheit des Schuldners über die Legitimation des klagend auftretenden Gläubigers angenommen, vgl. RG. 33 S. 310, wo der Schuldner hinterlegt hatte, weil der Gläubiger Theilbeträge cedirt hatte und zugleich mehrere Pfändungen vorlagen, die die Forderung überstiegen, und RG. 44 S. 163, wo rechtliche Zweifel bestehen konnten, ob die Legatarin das Legat allein oder nur mit ihrem abwesenden Ehemann einklagen konnte, oder ob der Ehemann allein legitimirt. In RG. 33 S. 310 ist die Hinterlegung noch nach der Klageerhebung zugelassen, was auch nach BGB. nicht bedenklich. In StrA. 64 S. 93 hatte der Schuldner des Mündels auf Anweisung des Vormundschaftsgerichts hinterlegt. Als der Vater auf Zahlung klagte, ließ das ObTr. die Berufung auf die Hinterlegung zu, weil der Schuldner der Anweisung des Gerichts habe folgen dürfen. Das kann nur gelten, wenn der Schuldner über das Recht des Vaters zur Einklagung Zweifel haben durfte; das klare Recht des Vaters auf Erfüllung kann durch die unrichtige, verkehrte, irrthümliche Anweisung des Vormundschaftsgerichts allein nicht beseitigt werden.

Hinterlegt einer von mehreren Gesammtschuldnern, so ist zu prüfen, ob für ihn ein Hinterlegungsgrund vorhanden, obwohl die Hinterlegung für alle wirkt, wenn sie gerechtfertigt ist. § 422 Abs. 1, § 425 Abs. 1. Seine subjektive Ungewißheit wird unentschuldbar sein, wenn sie durch Nachfrage bei den Mitschuldnern gehoben werden konnte. Besteht die Schuld mehreren Gesammtgläubigern gegenüber, so kann der Schuldner auch nur bei Annahmeverzug des einen nach §§ 428, 429 Abs. 1 mit Wirkung gegen alle hinterlegen. Das Gleiche wird aber nicht angenommen werden können, wenn der Schuldner Gründe des Abs. 2 § 372 nur gegen einen der Gesammtgläubiger hat, während er ohne Hinderniß, Bedenken, Schwierigkeit, Nachtheil an einen anderen leisten kann. Dann kann Verstoß gegen § 226, § 242 darin liegen, daß der Schuldner hinterlegt, statt an einen anderen zu leisten.

7. Gegenstand der Hinterlegung sind nach § 372 Satz 1 nur Geld, Werthpapiere, sonstige Urkunden, Kostbarkeiten. Ueber EG. Art. 146 vgl. unter 3. Nur Schuldverhältnisse, welche die Leistung, Uebergabe, Rückgabe beweglicher Sachen dieser Art zum Inhalt haben, können durch Hinterlegung getilgt werden. Unbewegliche Sachen können ihrer Natur nach nicht hinterlegt werden; auch § 383 bezieht sich nur auf bewegliche Sachen. Wo wie in ALR. I 16 § 234 die Uebergabe unbeweglicher Sachen zur gerichtlichen Aufsicht und Verwahrung zum Zwecke der Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit unter den Voraussetzungen der Hinterlegung landesgesetzlich gestattet war, findet sie unter der Herrschaft des BGB. nicht mehr statt. RG. 48 S. 19. Vgl. § 303 BGB.

Geld ist hier, — vgl. zu §§ 244, 245 oben S. 36 unter 26, — im Verkehrssinne als Umsatz- und Verkehrsmittel, Zahlungsmittel, zu nehmen, ohne Unterschied zwischen Münzgeld und Papiergeld (gemünztes Papier, Reichskassenscheine, Banknoten

im Gegensatz zu Schuldverschreibungen und Schatzanweisungen), ohne Unterschied zwischen in- und ausländischem Geld, gesetzlichem und nicht gesetzlichem Zahlungsmittel. Nach § 11 der Preuß. HO. soll nur kassenmäßiges Geld hinterlegt, d. h. Geld, das bei den Staatskassen in Zahlung zu nehmen ist, vollwerthig, nicht außer Kurs gesetzt ist. Nicht kassenmäßiges Geld soll nur angenommen werden, wenn der Schuldner angiebt, durch Zahlung solchen Geldes erfüllen zu dürfen, dann aber in kassenmäßiges umgesetzt werden und die Hinterlegungsstelle nur für den Umsatzerlös haften. Dies und die Vorschrift, daß hinterlegtes Geld in das Eigenthum des Staates übergeht, an die Stelle des Geldes die Forderung auf den Betrag an die Staatskasse tritt, §§ 7, 8 HO., findet natürlich keine Anwendung, wenn in ausländischer Währung effektiv zu erfüllen ist, § 244 Abs. 1, der Schuldner dies angiebt, oder Geld als species zu leisten ist. Dies ist vom Hinterleger zu erklären; dann wird das Geld als solches oder als Kostbarkeit ohne Vermischung mit anderen Gelde aufbewahrt.

Werthpapiere (auf den Inhaber, auf den Namen) sind immer zugleich Urkunden im Sinne des § 372, so daß die Zweifel über den Begriff des Werthpapiers, vgl. RG. 14 S. 99, 16 S. 171, nicht von praktischer Bedeutung sind. Denn Irrthum der Hinterlegungsstelle über ihre sachliche Zuständigkeit, Preuß. Hinterl.Ordn. § 1, § 87 (n. F.) berühren die Wirksamkeit der Hinterlegung nicht. Als Urkunden sind nur schriftliche, aber auch z. B. Handelsbücher, anzusehen.

Kostbarkeiten sind Uhren, Ringe, Juwelen, seltene Münzen, Antiquitäten anderer Art, Kupferstiche u. a., vorausgesetzt, daß sie als species in Betracht kommen und als solche ihren besonderen, außergewöhnlichen Werth haben. Es liegt nicht im Sinne des Gesetzes, die Hinterlegungsstellen zur Annahme der Hinterlegung eines verkauften Uhrenlagers oder einer einzelnen als Handelswaare verkauften Uhr zu zwingen. Dafür reicht HGB. § 373, BGB. § 383 Abs. 1 Satz 1 aus. Nach § 36 Abs. 2 der Preuß. HO. können Münzen und Werthzeichen (Briefmarken) als Kostbarkeiten hinterlegt werden; daran ist gemäß EG. Art. 146 nichts geändert.

8. Das Verfahren bei der Hinterlegung wird durch die Landesgesetze geordnet. EG. Art. 144—146. Preuß. HO. §§ 13 ff., 18, 19, 36 ff., 70 ff., 87 a (n. F.). Von einer gerichtlichen Anordnung, einem Urtheil über die Befugniß zur Hinterlegung, kann die Hinterlegung nach EG. Art. 145 Abs. 2 nicht abhängig gemacht werden. Nach §§ 12, 39 der Preuß. HO. kann die Hinterlegung unmittelbar bei der Stelle oder durch portofreie Einsendung durch die Post geschehen. Für den Fall der Einsendung durch die Post schreibt § 375 vor, daß die Hinterlegung auf die Zeit der Aufgabe zur Post zurückwirkt, wenn die Hinterlegung wirklich erfolgt ist. Dasselbe sagte § 19 Abs. 4, § 39 Preuß. HO. (n. F.).

Nach § 374 Abs. 2 soll der Schuldner dem Gläubiger die Hinterlegung unverzüglich, BGB. § 121, anzeigen, die Anzeige müßte denn unthunlich sein, sei es wegen Unbekanntheit des Gläubigers oder seines Aufenthaltes oder seines Vertreters, oder wegen besonderer Schwierigkeiten oder Kosten der Anzeige oder sonstiger Umstände, die dahin führen, daß dem Schuldner die Anzeige verständigerweise nicht zuzumuthen und ihm aus dem Unterlassen nach Treu und Glauben kein Vorwurf zu machen ist. Das Unterlassen berührt nach § 374 Abs. 2 die Wirkung der Hinterlegung nicht, macht nur für entstandenen Schaden verantwortlich. Die Anzeige ist für die Präklusivfrist des § 382 von Erheblichkeit, die ohne Anzeige nicht beginnen

kann. In § 18 Abs. 3 (n. F.) der Preuß. HO. ist die Hinterlegungsstelle deshalb ermächtigt, dem Gläubiger die Anzeige im Namen und auf Kosten des Schuldners zu machen, falls dieser den Nachweis der Anzeige nicht führt.

Die Hinterlegung muß so erfolgen, daß die Hinterlegungsstelle ersehen kann, für welchen Gläubiger sie erfolgt, oder daß und weshalb dessen Person ungewiß und unter welchen Voraussetzungen das Hinterlegte auszuliefern ist. § 14, § 18 Abs. 1 (n. F.) Preuß. HO. Ebenso ergiebt sich für den Fall des § 373 von selbst, daß der Schuldner in der Hinterlegungserklärung angeben muß, daß er das Recht des Gläubigers von der Bewirkung einer Gegenleistung abhängig mache, diese Gegenleistung auch bezeichnen muß. Preuß. HO. § 18 Abs. 2 (n. F.).

9. Die Rechtsverhältnisse aus der Hinterlegung. Durch die Hinterlegung, auch im Falle § 375 erst durch diese, tritt der Schuldner in ein Rechtsverhältniß zur Hinterlegungsstelle und zum Gläubiger, zugleich der Gläubiger in ein Rechtsverhältniß zur Hinterlegungsstelle. Der Schuldner übergiebt die Sache der Hinterlegungsstelle zur Aufbewahrung, §§ 688 ff., sowohl für sich, wie für den Gläubiger, der aus der Hinterlegung verpflichtet und zum Empfange berechtigt sein soll. Ist die hinterlegte Sache in Natur, getrennt, aufzubewahren, wie regelmäßig bei Werthpapieren und immer bei Kostbarkeiten, so erwirbt die Hinterlegungsstelle den unmittelbaren Besitz, zu dem sie zunächst für den Schuldner und Gläubiger berechtigt und verpflichtet ist, §§ 854, 868, für den Schuldner allein, sobald derselbe die Rücknahme erklärt hat, § 379 Abs. 3, oder wenn die Hinterlegung ohne Grund erfolgt ist, für den Gläubiger allein, sobald die Rücknahme ausgeschlossen ist. Schuldner und Gläubiger sind mittelbare Besitzer; war der Gläubiger dem Schuldner gegenüber schon vor der Hinterlegung mittelbarer Besitzer, z. B. als Eigenthümer, Besitzer der dem Schuldner zur Aufbewahrung gegebenen Sache, von der sich der Schuldner durch die Hinterlegung befreit hat, so bleibt der Gläubiger mittelbarer Besitzer, nur der unmittelbare Besitzer wechselt.

Die Verpflichtung der Hinterlegungsstelle, das zur Hinterlegung Angebotene zur Hinterlegung anzunehmen, ist öffentlichrechtlicher Natur. Durch die Annahme zur Hinterlegung aber tritt die Hinterlegungsstelle in ein privatrechtliches Verhältniß zum Hinterleger und dem designirten Berechtigten, das die Natur des Verwahrungsvertrages, indessen das Besondere hat, daß die Verwahrung nicht Selbstzweck ist, sondern dem Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit und nicht bloß dem Hinterleger, sondern dem designirten Gläubiger dient, diesem das Recht auf den Empfang aus der Hinterlegung giebt. § 382, § 376. Die Hinterlegungsstelle steht gleich dem Dritten, dem der Schuldner Vermögensstücke zum Zwecke der Befriedigung eines oder seiner Gläubiger übergiebt. Mit dem Verwahrungsvertrage ist ein Mandat in rem suam et alienam verbunden. Darin liegt die Verwandtschaft mit den Verträgen nach §§ 328 ff. mit der oben bereits hervorgehobenen Besonderheit, daß der designirte Berechtigte, anders als nach § 333, das Recht des Hinterlegers, sich durch die Hinterlegung zu befreien, und die im Falle des § 378 eingetretene Wirkung der Befreiung nicht zum Nachtheil des Schuldners vereiteln, die berechtigte Hinterlegung nicht ablehnen kann.

Wo die Hinterlegungsstelle wie bei Geld nach § 7 der Preuß. HO., EG. Art. 145, nicht getrennt aufbewahren muß, sondern Eigenthum der hinterlegten Sache wird, tritt die Forderung auf Kapital und Zinsen gegen die Staatskasse an die Stelle

des Hinterlegten; § 700 BGB., § 8 Preuß. HO.; Gläubiger der Forderung wird der designirte Berechtigte. Daran kann durch die Landesgesetze so wenig wie daran etwas geändert werden, daß aus der Hinterlegung von Sachen, die in Natur, getrennt, aufbewahrt werden, ein Anspruch für den Hinterleger und den Gläubiger auf Rückerstattung, Auslieferung entsteht. Vgl. §§ 376, 382. In EG. Art. 145 ist dieser Anspruch vorausgesetzt; er folgt aus dem Inhalt des Rechtsverhältnisses, das durch die Hinterlegung aus Aufbewahrung und Auftrag begründet, und ist rein privatrechtlicher Natur. Württemb. Ausf.Ges. z. BGB. Art. 158. Damit steht nicht in Widerspruch, daß die Landesgesetze den Nachweis der Empfangsberechtigung, der Legitimation, regeln können, EG. Art. 145, Preuß. HO. §§ 22, 24, 28, 29, 30, 31, und daß nach § 32 der Preuß. HO. die Staatskasse auf Grund eines besseren Rechts zum Empfang nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn Geld bestimmungsgemäß ausgezahlt ist. Der § 16 der Hess. HO. v. 19. August 1899 schließt die Klage gegen den Fiskus auf Rückgabe aus. Ob dies nach EG. Art. 145 zulässig, ist fraglich.

Aus der Haftung für die Auslieferung folgt die Haftung für die Aufbewahrung wie beim Verwahrungsvertrage, andrerseits die Haftung des Hinterlegers der Stelle gegenüber aus § 694. Die Hinterlegungsstelle, d. h. der Fiskus in dieser seiner Station, haftet wie aus einem Vertragsverhältniß, auch für die Beamten der Hinterlegungsstelle gemäß §§ 276, 278. Vgl. RG. 17 S. 105, 33 S. 204, 208. Einzelne Landesgesetze bestimmen diese Haftung ausdrücklich. Braunschw. Ges. v. 12. Juni 1899 § 7; Ges. v. 1. Nov. 1899 (Elf.-Lothr.) § 5. Hamburger HO. v. 14. Juli 1899 § 13 u. a.

Die Pflicht der Verzinsung ist in den Landesgesetzen für Geld, das Eigenthum des Staates wird, § 698 BGB., geordnet, Preuß. HO. §§ 8, 53 ff., und diese Vorschriften bleiben nach EG. Art. 145 bestehen. Der § 38 der Pr. HO. bestimmt ausdrücklich, daß die Hinterlegungsstelle zur Ueberwachung der Ausloosung und Kündigung von Werthpapieren und zur Einziehung von Zinsen und Dividenden oder neuer Zins- und Dividendenscheine nicht verpflichtet ist. Der Art. 145 EG. geht davon aus, daß die Hinterlegungsstelle verpflichtet ist, die Legitimation dessen zu prüfen, der die Auslieferung verlangt, überläßt den Landesgesetzen aber die nähere Regelung des Nachweises der Empfangsberechtigung. Vgl. Preuß. HO. §§ 22 ff.

10. Die Hinterlegung erfolgt für den Gläubiger und die Hinterlegungsstelle wird beauftragt, an den Gläubiger auszuliefern, unbedingt oder gemäß § 373. Aus §§ 373, 376 Nr. 2, 382 folgt, daß der Gläubiger durch die Hinterlegung das Recht auf das Hinterlegte (hinterlegten Betrag) oder das Recht auf den Empfang, die Auslieferung erwirbt, im Falle des § 373 beschränkt durch die Pflicht zur Bewirkung der Gegenleistung Zug um Zug. Da der Schuldner für den Gläubiger hinterlegt, um sich zu befreien, bleibt auch keine andere Annahme übrig, als daß der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern, zu der die Hinterlegungsstelle verpflichtet. § 328 Abs. 1. Dies Recht ist ein Vermögensrecht, das dem Zugriff der Gläubiger unterliegt und in die Konkursmasse des Gläubigers fällt. Der § 376 Abs. 1 bestimmt aber positiv, abweichend von § 328 Abs. 2, aber in Uebereinstimmung mit § 671 Abs. 1, daß der Schuldner das Recht hat, die hinterlegte Sache zurückzunehmen. Ausgeübt wird dies Recht durch die Erklärung der

Zurücknahme der Hinterlegungsstelle gegenüber; nach Abs. 3 § 379 gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt, wenn der Schuldner die hinterlegte Sache zurücknimmt, nicht erst, wenn die Sache zurückgegeben ist. Zurücknahme ist Erklärung der Rücknahme; der Schuldner kann ja die Sache aus der Hinterlegungsstelle überhaupt nicht zurücknehmen. Die Rücknahmeerklärung bedeutet die Zurücknahme, d. h. die Kündigung des Mandats zur Auslieferung, § 671, auf Grund des gesetzlichen Vorbehalts.

Die Preuß. HO. § 19 Abs. 6 (a. F.) gab dem Schuldner dies Recht, wenn er es sich bei der Hinterlegung vorbehalten hatte, aber nur bis zur Annahmeerklärung des Gläubigers oder Vorlegung rechtskräftiger Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung.

Der § 376 fordert keinen Vorbehalt; der Vorbehalt versteht sich von selbst; wird er bei der Hinterlegung erklärt, so hat er doch keine andere Wirkung als der gesetzliche, d. h. er fällt nach § 376 Abs. 2 Nr. 1—3 fort, wenn der Schuldner nach der Hinterlegung auf die Rücknahme verzichtet, oder der Gläubiger der Hinterlegungsstelle gegenüber die Annahme der Hinterlegung erklärt, oder durch rechtskräftiges Urtheil die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt und das Urtheil der Hinterlegungsstelle vorgelegt wird.

Ihren inneren Grund haben diese Vorschriften darin, daß die Hinterlegung grundsätzlich ein Recht des Schuldners ist, daß bei der Hinterlegung dahin steht, ob ihre Voraussetzungen vorliegen, daß sie gegen den Gläubiger nur wirkt, wenn sie gerechtfertigt und der Gläubiger sie gelten lassen muß, oder der Gläubiger sie annimmt und damit erklärt, daß er sie gelten lassen will, oder sie gelten lassen muß, weil sie rechtskräftig für rechtmäßig erklärt ist. Darum fällt § 376 in den Fällen fort, wo der Schuldner zur Hinterlegung gesetzlich verpflichtet ist und auf Anbringen des Gläubigers hinterlegt hat und dieser Sachverhalt bei der Hinterlegung klar gestellt ist oder nachträglich klar gestellt wird. Mit der Verpflichtung zur Hinterlegung ist das Rücknahmerecht unvereinbar, zweifellos dann, wenn der Schuldner zur Hinterlegung verurtheilt ist. CPO. §§ 853, 856.

Mit der Rücknahmeerklärung gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt, § 379 Abs. 3, d. h. dem Gläubiger gegenüber und von Anfang an, ex tunc. § 381. Das Rechtsverhältniß der Hinterlegungsstelle dem Gläubiger gegenüber fällt mit dem Auftrag fort; die Hinterlegungsstelle bleibt aus dem Verwahrungsvertrage nur noch dem Schuldner verpflichtet und berechtigt. Darum fallen nach § 381 die Kosten dem Schuldner zur Last, die sonst den Gläubiger treffen, da für ihn hinterlegt ist. Die Hinterlegungsstelle kann nun auch vom Schuldner die Rücknahme verlangen, § 696, da der Zweck der Aufbewahrung und das Mandat erledigt ist, wenn nicht der Schuldner bei der Rücknahme zugleich oder nachher die Hinterlegungserklärung für einen anderen Gläubiger abgiebt, für den dann die Hinterlegung mit dieser Erklärung als erfolgt zu gelten hat.

11. § 377. Das Recht des Schuldners auf die Rücknahme steht ihm und seinen Rechtsnachfolgern zu und würde an sich wie grundsätzlich andere Rechte auf Widerruf, Kündigung, Rücktritt auch durch den Kultusverwalter müssen geltend gemacht werden können. Ob das Recht, das durch Willenserklärung auszuüben, als Anspruch durch andere Gläubiger pfändbar sein würde, ist an sich zweifelhaft. Der § 377 Abs. 1 bestimmt ausdrücklich, daß das Recht nicht pfändbar, woraus nach § 400

folgt, daß es auch nicht abtretbar. Abtretbar ist nur der Anspruch auf Herausgabe des Gegenstandes gegen die Hinterlegungsstelle, nachdem derselbe durch die erklärte Rücknahme erworben ist. Aus § 1 KonkO. folgt, daß dies Recht nicht zur Konkursmasse gehört; Abs. 2 § 377 bestimmt ferner ausdrücklich, daß auch der Schuldner selbst das Recht zur Rücknahme während des Konkurses nicht ausüben darf.

Ihren inneren Grund und ihre Berechtigung haben diese positiven Vorschriften lediglich darin, daß, auch wenn der Schuldner ohne Verzicht auf die Rücknahme hinterlegt hat, der Gläubiger, für den hinterlegt ist, doch ein unmittelbares Recht auf die Auslieferung erwirbt, § 382, das er durch die Erklärung der Annahme der Hinterlegungsstelle gegenüber nach § 376 Abs. 2 Nr. 2 jederzeit zu einem definitiv wirksamen machen kann. Ein anderer einzelner Gläubiger oder die Gesammtheit der Gläubiger soll dies Recht nicht vereiteln können; das erschien gerecht und billig. Daß auch der Schuldner selbst nach der Eröffnung des Konkurses und während des Konkurses die Zurücknahme nicht mehr soll erklären können, folgte nothwendig daraus, daß man dem Konkursverwalter das Recht entzog, den Gegenstand der Hinterlegung zur Konkursmasse zu ziehen. Es hätte keinen Sinn, dem Schuldner die Rücknahme zu gestatten, durch welche er die Sache erlangen, die Konkursmasse aber belastet werden würde, da der Gläubiger gezwungen wäre, seine Forderung gegen die Konkursmasse geltend zu machen.

Die Vorschrift des § 377 dient dem Gläubiger, hindert deshalb nicht, daß der Gläubiger nach Eröffnung des Konkurses gemäß § 376 Nr. 2 die Annahme erklärt, noch weniger, daß der Konkursverwalter gegen den Gläubiger auf Anerkennung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung klagt. Daran kann der Verwalter Interesse haben, um festzustellen, daß die Schuld getilgt und das bestellte Pfand befreit, die Bürgschaft des Dritten erloschen ist. Andrerseits hat auch der Schuldner nach der Eröffnung des Konkurses kein Recht mehr, auf die Rücknahme zu verzichten; hat er kein Recht, über das Rücknahmerecht durch Ausübung zu disponiren, so kann er auch nicht durch Verzicht disponiren. — Dasselbe gilt vom Konkursverwalter. Er bedarf des Verzichts auch nicht. War die Hinterlegung begründet, so kann er nach § 379 Abs. 1 den Anspruch des Gläubigers auf die Masse abwehren oder von ihm Verzicht auf das Recht aus der Hinterlegung verlangen. War die Hinterlegung nicht begründet, so kommt der Verzicht überhaupt nicht in Frage. Unanwendbar ist der § 377 im Falle des Rücknahmerechts aus § 382 und in allen anderen Fällen, in denen es sich nicht um das willkürliche Rücknahmerecht des § 377, sondern um das Recht des Schuldners handelt, die Hinterlegung rückgängig zu machen, weil die Schuld nicht bestand oder nachher erloschen ist, die Hinterlegung rückgängig gemacht werden kann, auch wenn die Rücknahme nach § 376 Abs. 2 ausgeschlossen ist.

Im Falle des § 382 ist der Schuldner zur Rücknahme berechtigt, weil das Recht des Gläubigers aus der Hinterlegung erloschen ist und nicht mehr besteht. Darum soll der Schuldner zurücknehmen dürfen, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat. Es handelt sich in Wahrheit nicht um Rücknahme aus § 377, sondern um Rückfall, Heimfall an den Schuldner, ein Vermögensrecht, das in und außerhalb des Konkurses der Zwangsvollstreckung unterliegt, vgl. zu § 382, im Konkurse deshalb vom Verwalter geltend zu machen ist, nicht vom Schuldner.

Das willkürliche Widerrufsrecht des § 377 steht ferner nicht in Frage, wenn

der Gläubiger die Hinterlegung nicht gelten lassen will, weil sie unberechtigt, er deshalb Zahlung zu fordern berechtigt ist, ferner wenn der Gläubiger auf das Recht aus der Hinterlegung dem Schuldner gegenüber verzichtet hat, z. B., weil er ihm die Schuld erlassen will, oder verzichten muß, weil er vor oder nach der Hinterlegung anderweit Befriedigung erhalten hat, oder weil die Forderung nie bestanden hat. In allen diesen Fällen besteht nicht bloß ein Widerrufsrecht aus § 377 Abs. 1, sondern, ohne Rücksicht darauf, ob die Rücknahme vorbehalten oder darauf verzichtet ist, ein klagbarer Anspruch gegen den, für den hinterlegt ist, auf Einwilligung in die Rückgabe des Hinterlegten, eine wirkliche Kondiktion, die im Konkurse des Schuldners dem Verwalter und nur diesem zusteht, außerhalb des Konkurses von jedem Gläubiger des Schuldners zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung gemacht werden kann. Die Fälle der Kondiktion haben mit § 377 so wenig etwas zu thun, wie die Anfechtung der Hinterlegung im Konkurse aus §§ 29 ff. KonkO. Der Hinterlegungsstelle ist in diesen Fällen natürlich der Beweis der Berechtigung des Schuldners zu führen, wenn dieser auf die Rücknahme verzichtet hat. Ganz so ist der Fall des § 75 CPO. zu behandeln, wenn sich ergiebt, daß der Schuldner, der unter Verzicht auf die Rücknahme hinterlegt hat, nicht für den Gläubiger hinterlegt hat, weil in dem Rechtsstreit keiner der beiden Prätendenten durchdringt.

12. Wirkung der Hinterlegung. Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner. §§ 378, 379. Durch die Hinterlegung erwirbt der designirte Gläubiger nach § 382 ein unmittelbares Recht auf den hinterlegten Betrag, d. h. den hinterlegten Gegenstand und, wenn derselbe nicht getrennt aufbewahrt wird, auf die Forderung an die Staatskasse. Dieser Anspruch gehört zu seinem Vermögen, ist pfändbar und fällt in seine Konkursmasse. Das Recht ist aber widerruflich, so lange das Rücknahmerecht des Schuldners gemäß § 376 besteht und fällt ex tunc fort, sobald der Schuldner der Hinterlegungsstelle die Rücknahme erklärt. Damit fallen dann rückwärts alle Wirkungen der Hinterlegung fort, wenn auch nicht die des Verzuges. Während dieses Schwebezustandes besitzt die Hinterlegungsstelle für Schuldner und Gläubiger bezw. steht in einem Schuldverhältniß zu Beiden. Die Schuld gilt noch nicht als getilgt, § 378, abweichend von Entw. I § 272 Abs. 2, §§ 275, 276. Aber nach § 379 Abs. 2 trägt der Gläubiger die Gefahr des Hinterlegten, § 300 Abs. 1, der Schuldner hat, auch wenn der Gläubiger nicht im Verzuge, § 301, weder Zinsen zu zahlen, noch für nicht gezogene Nutzungen Ersatz zu leisten § 302.

Klagt der Gläubiger auf die Leistung, so kann der Schuldner nach § 379 Abs. 1, den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen, d. h. einwenden, daß er hinterlegt habe und der Gläubiger sich aus der hinterlegten Sache befriedigen könne, da der Gläubiger, sobald er von der Hinterlegung benachrichtigt, § 374 Abs. 2, der Hinterlegungsstelle nach § 376 Abs. 2 Nr. 2 die Annahme erklären und sich dadurch das definitive Recht auf das Hinterlegte verschaffen konnte. Ist der Gläubiger von der Hinterlegung benachrichtigt, so klagt er auf die Leistung, weil er sich die Hinterlegung nicht gefallen lassen will und replizirt auf die Einrede aus § 379 Abs. 1, daß die Hinterlegung nicht gerechtfertigt. Dann hat der Schuldner darzuthun, daß die Hinterlegung nach § 372 begründet, und die Entscheidung des Rechtsstreites führt zur Entscheidung darüber, ob die Hinterlegung rechtmäßig oder nicht. Wird entschieden, daß die Hinterlegung rechtmäßig, so wird die Klage auf Leistung ab-

gewiesen und Gläubiger und Schuldner sind nun in der Lage, das rechtskräftige Urtheil der Hinterlegungsstelle vorzulegen und dadurch zu bewirken, daß der Schuldner befreit, der Gläubiger befriedigt wird, § 376 Abs 2 Nr. 3, § 378. — Ist der Gläubiger von der Hinterlegung nicht benachrichtigt, so hat er sich auf die Einrede aus § 379 Abs. 1 zu entscheiden, ob er die Hinterlegung gelten lassen will oder nicht. Läßt er sie gelten, so kann er die Klage zurücknehmen und verlangen, daß der Schuldner die Kosten trägt, wenn die Anzeige ohne Grund unterblieben ist. § 374 Abs. 2. Er muß auch verlangen können, daß der Schuldner die Erklärung der Hinterlegungsstelle gegenüber nach § 376 Abs. 2 Nr. 1 beibringe, wenn er auch die Annahme nach § 376 Abs. 2 Nr. 2 erklären kann, was immer zu rathen ist. Will er die Hinterlegung nicht gelten lassen, so kommt es zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung.

Im Falle des § 373 klagt der Schuldner auf die Leistung des Gläubigers und replizirt gegen die Einrede des Gläubigers, daß der Schuldner seinerseits zu leisten habe, aus § 379 Abs. 1, daß er hinterlegt habe, wobei es dann wieder auf die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung ankommt.

Die Annahme nach § 376 Nr. 2 zu erklären ist rathsam und das Verlangen, daß der Schuldner die Erklärung nach § 376 Nr. 1 beibringe, ist gerechtfertigt, weil die Hinterlegungsstelle nach §§ 376, 379 Abs. 3 dem Gläubiger allein erst gebunden ist, sobald die Rücknahme ausgeschlossen ist, der Schuldner aber nicht gehindert ist, die Rücknahme jederzeit bis zur Annahme durch den Gläubiger und bis zur Vorlegung des Urtheils, § 376 Abs. 2 Nr. 2, 3, zu erklären, die Hinterlegung wirkungslos zu machen, selbst nachdem er sich gemäß § 379 Abs. 1 darauf berufen hat. Der Schuldner kann so das Recht des Gläubigers vereiteln, auch wenn derselbe die Klage auf Leistung zurückgenommen hat oder die Klage nach § 379 Abs. 1 abgewiesen ist. Der Schuldner handelt in solchem Falle arglistig, ist daraus zum Schadensersatz verpflichtet und muß nun leisten, kann sich auch auf weitere Hinterlegung nicht berufen, aber der Gläubiger kann sich direkt nur dadurch helfen, daß er den Anspruch des Schuldners auf die Rückgabe aus der Rücknahmeerklärung gegen die Hinterlegungsstelle pfändet.

Der Schuldner, der zum Zwecke der Befriedigung für den Gläubiger hinterlegt und denselben dadurch hindert, die Leistung zu fordern, § 379 Abs. 1, kann sich nach §§ 202, 208, so lange die Hinterlegung dauert, auf Verjährung nicht berufen, und durch Rücknahme der Sache, § 379 Abs. 3, auch nicht bewirken, daß die Verjährung als nicht unterbrochen gilt.

Auf die Hinterlegung durch den Schuldner, auch wenn sie ohne Verzicht auf die Rücknahme erfolgt ist, und auf die Einrede des Schuldners aus § 379 Abs. 1 kann sich gemäß § 768 auch der Bürge berufen, nach § 422 auch der Gesammtschuldner und der Gläubiger, der die Leistung nicht fordern kann, kann keins der Rechte geltend machen, die von der Nichtleistung abhängen, nach § 390 namentlich nicht mit seiner Forderung gegen eine Forderung des Schuldners aufrechnen, das Pfand nicht wirksam zum Verkauf bringen, mag Verpfänder der Schuldner oder ein Dritter sein. §§ 1137, 1211.

13. Wesentlich anders gestaltet sich die Wirkung der Hinterlegung, sobald das Rücknahmerecht des Schuldners ausgeschlossen ist. Ausgeschlossen ist es nach § 376 Abs. 2 Nr. 1—3, wenn der Schuldner der Hinterlegungsstelle gegenüber

darauf verzichtet, oder der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt hat oder der Hinterlegungsstelle ein rechtskräftiges Urtheil zwischen Gläubiger und Schuldner, durch welches die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt, vom Gläubiger oder Schuldner vorgelegt wird. Erklärung dem Gläubiger oder dem Schuldner gegenüber in Nr. 1 und 2 hat keine Wirkung der Hinterlegungsstelle gegenüber. Ob der Verzicht in Nr. 1 bei der Hinterlegung (in der Hinterlegungserklärung, § 14 Preuß. HO.), oder später erklärt wird, ist gleich. Der Gläubiger, für den hinterlegt ist, hat die Annahme zu erklären; bei mehreren Gläubigern kommt es darauf an, ob jeder für das Ganze berechtigt ist. §§ 422, 429. Ist für einen unbestimmten, unbekannten Gläubiger hinterlegt, so wirkt die Annahmeerklärung nur des wahren Gläubigers, aber zu prüfen, wer derselbe ist, ist nicht Sache der Hinterlegungsstelle, die abzuwarten hat, ob und wer sich legitimirt und nach ihren Vorschriften über die Legitimationsführung zu verfahren hat.

Das Urtheil in Nr. 3 wird regelmäßig in dem Rechtsstreit auf Leistung über die Einrede aus § 379 Abs. 1 ergehen; aus der Abweisung der Klage auf Leistung folgt die Rechtfertigung der Hinterlegung. Die Feststellung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung kann auch durch Urtheil auf Feststellungsklage des Schuldners oder des Konkursverwalters erfolgen. Im Falle des § 75 CPO. ist Hinterlegung unter Verzicht Voraussetzung des den Beklagten aus dem Rechtsstreite entlassenden Zwischenurtheils; das Urtheil in der Sache selbst legitimirt den Empfangsberechtigten, oder stellt durch Abweisung beider Prätendenten fest, wie oben bereits bemerkt, daß der Schuldner für den Nichtgläubiger hinterlegt hat, deshalb trotz seines Verzichts zur Rückforderung berechtigt ist.

Kann der Schuldner nicht mehr zurücknehmen, so wird er nach § 378 durch die Hinterlegung so befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte. Die Befreiung, die Tilgung der Forderung gilt als durch die Hinterlegung erfolgt, auch wenn die Rücknahme erst später ausgeschlossen ist. Der § 379 Abs. 2 findet von selbst Anwendung. Klagt der Gläubiger auf Leistung, nachdem der Schuldner unter Verzicht hinterlegt hat, so wird er ebenso abgewiesen, wie wenn der Schuldner den Einwand der Erfüllung bewiesen hat, vorausgesetzt natürlich auch hier, daß die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt wird. Wird die Hinterlegung für nicht rechtmäßig erklärt und der Schuldner zur Leistung verurtheilt, so fallen die Wirkungen der Hinterlegung ganz so fort, wie wenn der Schuldner die Rücknahme erklärt hat. Denn die Hinterlegung, der die Voraussetzungen des § 372 fehlen, ist rechtlich wirkungslos, und nothwendig auch der Verzicht auf die Rücknahme.

Der Schuldner fordert das Hinterlegte von der Hinterlegungsstelle aus dem Verwahrungsvertrage zurück, da ein Recht des designirten Gläubigers nicht besteht. Der Schuldner hat diesen Sachverhalt der Hinterlegungsstelle darzuthun; die Vorlegung des rechtskräftigen Urtheils muß dazu genügen. Ein Zwang gegen den Gläubiger, für den ohne und gegen seinen Willen und ohne Berechtigung hinterlegt ist, seine Einwilligung in die Auslieferung an den Schuldner zu erklären, läßt sich nicht rechtfertigen. Solch Zwang ist nur dann zu rechtfertigen, wenn die Hinterlegung gerechtfertigt war, der Gläubiger ein definitives Recht erworben hat und dasselbe freiwillig aufgegeben hat, indem er unter Erlaß der Schuld darauf verzichtet hat, oder aufzugeben verpflichtet ist, weil er sich mit dem Schuldner verglichen

oder nachträglich die Leistung selbst erhalten hat. In allen diesen Fällen wird nicht der Verzicht auf die Rücknahme wirkungslos, sondern das Recht des Gläubigers aus der Hinterlegung ist fortgefallen, das Hinterlegte dem Schuldner wieder anheimgefallen. Vgl. unter 11 und zu § 382. Verzicht des Gläubigers auf das Recht aus der Hinterlegung ohne Erlaß der Schuld ist wirkungslos, anders als in § 333.

Aus der Befreiung des Schuldners nach § 378 im Falle rechtmäßiger Hinterlegung folgt außer der Abweisung der Klage auf die Leistung, daß im Falle des § 373 die Klage gegen den Gläubiger auf dessen Leistung gegeben ist, §§ 273, 320, StrA. 94 S. 327, 13 S. 191 (Klage auf Leistung des Kaufgegenstandes nach Hinterlegung des Kaufpreises, der Zug um Zug zu zahlen), daß der Schuldner von der Zinspflicht und allen Folgen der Nichtleistung befreit ist (Vertragsstrafe), alle Rechte aus der Leistung gewinnt, den Anspruch auf Gegenleistung, auf Quittung, Herausgabe des Schulddokuments, RG. 39 S. 284, Herausgabe des Pfandes, daß der Bürge und der dritte Verpfänder befreit ist, auch der dritte Verpfänder das Pfand zurückfordert. Bestand die Schuld ganz oder theilweise nicht, die hinterlegt, so fordert der Schuldner vom Gläubiger zurück, was hinterlegt und ausgeliefert oder Einwilligung in die Auslieferung an den Schuldner. §§ 812, 814. Auslieferung durch die Hinterlegungsstelle an den nicht berechtigten Schuldner macht die Hinterlegungsstelle verantwortlich und verpflichtet auch den Schuldner aus der Bereicherung, §§ 812, 816 Abs. 2, beseitigt aber die Wirkung der Hinterlegung nicht.

Soll die Hinterlegung den Schuldner durch Befriedigung des Gläubigers befreien, so muß sie nicht nur die vollständige Leistung enthalten oder der Gläubiger die Hinterlegung theilweiser Leistung annehmen, sondern auch der Schuldner alles thun, um den Gläubiger in den Stand zu setzen, aus der Hinterlegung zu empfangen; darauf beruht § 380. Es versteht sich eigentlich von selbst, daß, wenn nach den gemäß Art. 145 EG. maßgebenden Vorschriften der Hinterlegungsordnung, vgl. Preuß. HO. § 30, der Gläubiger ohne eine seine Berechtigung anerkennende Erklärung des Schuldners das Hinterlegte aus der Hinterlegung nicht empfangen kann, oder solche Erklärung ihn legitimirt, der Gläubiger auch die Abgabe dieser Erklärung vom Schuldner verlangen kann. Die Erklärung ist wesentlicher Theil der geschuldeten Leistung, weil die Hinterlegung ohne die Erklärung dem Gläubiger nicht zu gute kommt, keine Leistung für ihn ist. Der Gläubiger kann die Erklärung natürlich nur unter denselben Voraussetzungen fordern, unter denen er die Leistung fordern könnte, wenn nicht hinterlegt wäre. Er muß sich dem Schuldner als Gläubiger legitimiren, wenn aus § 372 Satz 2 hinterlegt ist und im Falle des § 373 seine Gegenleistung bewirken.

Nachdem der Schuldner durch rechtmäßige Hinterlegung befreit ist, weil er auf die Rücknahme verzichtet, der Gläubiger die Annahme erklärt hat oder das Urtheil über die rechtmäßige Hinterlegung vorgelegt ist, § 376, besitzt die Hinterlegungsstelle dem Mandate gemäß nur noch für den designirten Gläubiger, was getrennt aufbewahrt wird, und die Staatskasse schuldet das nicht getrennt aufbewahrte Geld (Werthpapier) nur noch dem Gläubiger; der Gläubiger ist nunmehr definitiv unmittelbarer Gläubiger der Hinterlegungsstelle und in der Lage, seine Forderung auf Zahlung geltend zu machen oder nicht; um eine Forderung auf Eigenthumsübertragung an der hinterlegten Sache handelt es sich bei dieser Forderung aus dem depos. irregulare nicht. Um einen solchen Anspruch auf Eigen=

thumsübertragung handelt es sich nur, wenn die hinterlegte species an den Gläubiger herauszugeben ist. Dafür kommen die §§ 929 ff., 937 ff. in Betracht. Der Schuldner hat die Sache der Hinterlegungsstelle für den Gläubiger mit dem Mandat der Auslieferung übergeben, die Hinterlegungsstelle ist unmittelbarer Besitzer zunächst für Schuldner und Gläubiger, da das Mandat widerruflich, aber nur für den Gläubiger, sobald das Mandat unwiderruflich geworden. Sie darf dann an einen Anderen als den Gläubiger nicht mehr ausliefern und der Gläubiger hat, mit dem Willen des Schuldners, den Eigenthumsanspruch gegen die Hinterlegungsstelle ganz so wie wenn ihm der Eigenthumsanspruch abgetreten wäre. § 931. Er kann die befreiende Wirkung aus § 378 dadurch nicht hindern, daß er von dem Eigenthumsanspruch keinen Gebrauch macht oder die rechtmäßige Hinterlegung ablehnt, kann auch nicht gezwungen werden, die in dem unwiderruflichen Mandat an die Hinterlegungsstelle enthaltene Abtretungserklärung zu acceptiren, was wie bei jeder Abtretung erforderlich. Aber er acceptirt sie und wird gemäß § 931 Eigenthümer, sobald er gemäß § 376 Abs. 2 Nr. 2 der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt oder gemäß Nr. 3 das Urtheil der Hinterlegungsstelle vorlegt. War der Schuldner nicht Eigenthümer der hinterlegten Sache (species), so finden die §§ 932 ff. Anwendung.

14. § 382. Hat der Gläubiger sich bei der Hinterlegungsstelle gemeldet, d. h. gemäß § 376 die Annahme erklärt oder, was dem gleichsteht, das Urtheil über die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung vorgelegt oder das Verlangen auf Auslieferung gestellt, so ist nicht bloß die Schuld getilgt, § 378, sondern der Gläubiger Eigenthümer des Hinterlegten geworden und von einem Recht des Schuldners an den Hinterlegten nicht mehr die Rede. Der Gläubiger ist nur noch Gläubiger der Hinterlegungsstelle. Die Hinterlegungsstelle könnte Abnahme aus der Hinterlegung verlangen, § 696, aber das könnte bei Weigerung des Gläubigers immer nur wieder zur Hinterlegung führen. Der Ablauf der Verjährungsfrist, der der Anspruch des Gläubigers auf Auslieferung an sich unterliegt, schafft der Hinterlegungsstelle allein keine Sicherheit und Gewißheit. Es ist auch nicht angemessen erschienen, daß die öffentliche Hinterlegungsstelle sich auf die Verjährung zum Nachtheil der Betheiligten beruft, in deren Interesse die öffentliche Hinterlegung geschaffen ist.

Die Hinterlegungsstelle hat auch ein Interesse daran, mit hinterlegten Sachen nicht ewig belastet zu werden und die Forderung aus der Hinterlegung an die Staatskasse, wo Geld nicht getrennt aufzubewahren, § 700, los zu werden. Die Preuß. HO. und andere Landesgesetze haben deshalb Bestimmungen über das Aufgebot von Geld, Werthpapieren, Kostbarkeiten, die in gewisser Frist nicht abgehoben werden, getroffen. Preuß. HO. §§ 53 ff., Pr. Ausf.Ges. z. BGB. Art. 84 unter XI, XII, XIII, XIV. Nach Art. 145 EG., welcher den Landesgesetzen gestattet, zu bestimmen, daß der Anspruch auf Rückerstattung mit dem Ablauf einer gewissen Zeit oder unter sonstigen Voraussetzungen zu Gunsten des Fiskus oder der Hinterlegungsstelle erlösche, sind diese Vorschriften aufrecht erhalten. Nach § 64 der Preuß. HO. (n. F.) kann das Aufgebot nach dem Ablauf von dreißig Jahren seit dem Ende des Monats beantragt werden, in welchem die Hinterlegung erfolgt ist. Nach § 59 ist das Amtsgericht der Hinterlegungsstelle für das Aufgebotsverfahren zuständig, das Urtheil ergeht auf Ausschließung der Betheiligten mit ihren Ansprüchen gegen die Staatskasse und mit

ihren Rechten an den hinterlegten Gegenständen, und mit der Verkündung erlangt die Staatskasse die Befugniß zu freier Verfügung über die Gegenstände. Im Uebrigen finden die §§ 946 ff. CPO. Anwendung, insbesondere §§ 953, 957 Abs. 1. Dies Aufgebot ist für die Hinterlegungsstelle namentlich von Bedeutung, wenn die Hinterlegung für einen unbestimmten Gläubiger erfolgt ist, § 372 Satz 2, und der Hinterleger weder die Erklärung zurücknimmt oder sich nach der Rücknahme nicht zur Abnahme meldet, noch ein Dritter sich zur Abnahme meldet und legitimirt.

Der § 382 BGB. enthält eine besondere Vorschrift über das Erlöschen des Gläubigerrechts ohne Aufgebot. Sie bezieht sich nur auf den Fall, daß der Gläubiger sich nicht innerhalb von dreißig Jahren seit dem Empfange der Anzeige von der Hinterlegung, § 374 Abs. 2, bei der Hinterlegungsstelle gemeldet hat und dadurch definitiver Gläubiger und allein Berechtigter geworden ist. Hat der Gläubiger die Anzeige von der Hinterlegung empfangen und sich nicht gemeldet, so soll sein Recht auf den hinterlegten Betrag, d. h. auf die hinterlegte Sache oder Summe, das Forderungsrecht gegen die Staatskasse und der Anspruch auf Auslieferung der species gegen die Hinterlegungsstelle, durch den Ablauf von dreißig Jahren seit dem Empfange der Anzeige erlöschen; damit ist denn auch seine Forderung an den Schuldner, auch im Fall § 379, erloschen. Zugleich lebt das Recht des Schuldners auf das Hinterlegte selbst dann wieder auf, wenn er darauf verzichtet hatte, und damit von seiner Schuld befreit worden ist. Die Frist ist demnach Präklusivfrist, nicht Verjährungsfrist, § 222. Vgl. Bd. 1 S. 243, 300, 301, 332. Die Frist beginnt mit dem Tage des Empfanges der Anzeige und läuft gemäß §§ 186 ff. Daß sie wie in § 1228 Abs. 1 Satz 3 von der Hinterlegung ab laufen soll, falls die Anzeige unthunlich, läßt sich ohne eine gezwungene Auslegung des Gesetzes nicht annehmen.

Darum hat die Preuß. HO. in § 18 Abs. 3 (n. F., Ausf.Ges. z. BGB. Art. 84 unter II) die oben bereits erwähnte Bestimmung getroffen, wonach die Hinterlegungsstelle statt des Schuldners die Anzeige an den Gläubiger zu machen berechtigt ist; die Wirkung der Anzeige durch den Schuldner wird natürlich durch die spätere Anzeige seitens der Hinterlegungsstelle nicht beseitigt. Ist keine Anzeige erfolgt, so kann der Schuldner, der ohne Verzicht hinterlegt hat, immer die Rücknahme erklären, arg. § 382. Hat er auf das Recht der Rücknahme verzichtet oder das Urtheil über die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung der Hinterlegungsstelle vorgelegt, § 376 Abs. 2 Nr. 1, 3, der Gläubiger sich aber nicht gemeldet, und kann der Schuldner nicht darthun, daß die Anzeige von der Hinterlegung an den Gläubiger erfolgt ist, so kann der Schuldner einen Anspruch auf das Hinterlegte nur unter der Voraussetzung, ev. im Aufgebotsverfahren, geltend machen, daß er den Fortfall des Gläubigerrechts ihm gegenüber darthut, indem er beweist, daß er den Gläubiger durch Leistung befriedigt oder der Gläubiger auf sein Recht verzichtet hat.

Ist die Anzeige von der Hinterlegung an den Gläubiger erfolgt und hat der Gläubiger sein Recht auf das Hinterlegte durch Ablauf der Frist des § 382 verloren, so lebt nach § 382 Schlußsatz das Recht des Schuldners auf den hinterlegten Betrag, seine Forderung an die Staatskasse, wieder auf, auch wenn nach § 378 seine Schuld schon erloschen war, von seiner Befreiung von der Schuld durch Verjährung also nicht mehr die Rede sein kann, da erloschene Schuld nicht verjähren kann. Das ist eine ganz positive Vorschrift, die auf dem Gedanken beruht, daß eine Bereicherung des Schuldners dadurch, daß er seine Schuld los wird und zugleich

ihren Betrag wieder erhält, angemessener, als die Bereicherung der Staatskasse, da nicht ausgeschlossen, daß der Gläubiger, der sich nicht gemeldet, dem Schuldner hat schenken, die Schuld erlassen wollen. Wenn der § 382 davon spricht, daß der Schuldner zur Rücknahme berechtigt, so ist das ein inkorrekter Ausdruck. Von einer Rücknahme im Sinne des § 376 ist nicht füglich zu reden, sobald auf dies Recht verzichtet ist. In Wahrheit handelt es sich um einen Wiederanfall des Rechts auf das Hinterlegte. Das verlorene Recht lebt durch ein beneficium legis wieder auf.

Der Schuldner kann nur aus eigenem Recht das Hinterlegte von der Hinterlegungsstelle zurückfordern, und diese Forderung ist pfändbar, abtretbar und gehört im Konkurse des Schuldners zur Konkursmasse; § 377 ist hier nicht anwendbar, wie oben bereits dargelegt. Hat die Stelle trotz Ablaufs der Frist des § 382 an den präkludirten Gläubiger ausgeliefert, so ist sie dem Schuldner verantwortlich, wenn der Schuldner die Auslieferung nicht dadurch verschuldet hat, daß er unterlassen, der Hinterlegungsstelle die von ihm bewirkte frühere Anzeige an den Gläubiger von der Hinterlegung darzuthun. § 254. Meldet sich der Schuldner nach dem Rückfall des Rechts an ihn bei der Hinterlegungsstelle nicht, so wäre diese an sich gezwungen, das Hinterlegte weiter für den Schuldner aufzubewahren, wenn sie auch das Recht hat, von ihm die Rücknahme zu verlangen, nachdem der Zweck der Hinterlegung erledigt ist. Nach EG. Art. 145 kann die Landesgesetzgebung auch für diesen Fall Bestimmungen über den Verfall an die Hinterlegungsstelle oder den Fiskus treffen. Die Pr. HO. hat solche Bestimmung getroffen. Nach § 64 ist, wie bereits erwähnt, das Aufgebot hinterlegter Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten nach dem Ablauf von dreißig Jahren seit dem Ende des Monats statthaft, in welchem die Hinterlegung erfolgt ist. Für den Fall des § 382 ist das nicht zulässig, weil danach das Recht des Gläubigers möglicherweise erst später erlischt und das Recht des Schuldners dann wieder auflebt, durch Landesgesetz diese Vorschrift des BGB. nicht illusorisch gemacht werden kann.

Der § 58a in der n. F. der HO. durch das Preuß. AusfGes. z. BGB. bestimmt denn auch korrekt, daß im Falle des § 382 (wie im Falle des § 1171 Abs. 3 und § 1269 Satz 3 BGB.) der Erlaß des Aufgebots nicht vor dem Ablaufe einer Frist von einunddreißig Jahren beantragt werden kann, die mit dem Ende des Monats beginnt, in welchem der Gläubiger die Anzeige des Schuldners von der Hinterlegung empfangen hat; der Anzeige des Schuldners steht die Anzeige der Hinterlegungsstelle nach § 18 Abs. 3 HO. (n. F.) gleich. Meldet sich der Schuldner auf das Aufgebot, so wahrt er dadurch sein Recht auf die Auslieferung und die Hinterlegungsstelle hat nun an ihn auszuliefern. In § 64 HO. (n. F.) ist diese Vorschrift ausdrücklich vorbehalten. Vgl. auch § 61 Nr. 4 HO. (n. F.). Meldet der Schuldner sich im Aufgebotsverfahren nicht, so verfällt das Hinterlegte nach §§ 62, 68, 69 Pr. HO. der Staatskasse.

II. Selbsthilfeverkauf zum Zwecke der Hinterlegung. §§ 383 bis 386.

15. Nach § 383 kann sich der Schuldner einer beweglichen Sache, die nach Reichsrecht und Landesrecht nicht hinterlegbar ist, dadurch von der Schuld der Sache befreien, daß er sie versteigern läßt und den Erlös hinterlegt. Praktisch wird diese Befugniß besonders da werden, wo die Verpflichtung des Schuldners eine einseitige, auf Uebergabe oder Herausgabe geht, von Gegenleistung nicht abhängig ist,

oder die Gegenleistung erfolgt ist oder später zu erfolgen hat, so bei Herausgabe von geliehenen, zur Aufbewahrung gegebenen, verpfändeten Sachen nach Tilgung der Pfandschuld, aber auch bei Kauf, wenn der Käufer die Abnahme verweigert, nach Zahlung des Kaufpreises. Der Verkäufer, der den Kaufpreis noch nicht erhalten, wird sich regelmäßig anders helfen. §§ 326, 327. Neu ist das Rechtsinstitut nicht, insoweit es sich um die Verkaufsbefugniß handelt. Vgl. l. 1 § 3 D. 16, 2. ALR. I 11 §§ 218 ff. SBGB. § 757. Von diesen und dem Selbsthülfeverkaufsrecht des Handelsrechts, HGB. I Art. 343, 366, HGB. II §§ 373, 389, ist aber der Verkauf nach §§ 383 ff. BGB. wesentlich verschieden, weil dort der Verkauf für Rechnung des säumigen Käufers erfolgt, das Schuldverhältniß des Verkäufers zum Käufer löst, der Käufer sich an den Kaufpreis zu halten, die Sache nicht mehr zu fordern hat.

In §§ 383 ff. ist der Verkauf nur das präparatorische Mittel für die Hinterlegung; an Stelle der nicht hinterlegbaren Sache tritt der hinterlegte Erlös, nicht der Erlös wie in den §§ 966, 979, 1219, 1247. Erst durch die Hinterlegung des Erlöses kann sich der Schuldner befreien, § 386. Ohne die Hinterlegung hat der Verkauf keine Bedeutung, der Gläubiger müßte ihn sich denn gefallen lassen und den Erlös statt der Sache ohne Hinterlegung annehmen, was ihm natürlich nicht verwehrt ist. Den nicht hinterlegten Erlös braucht der Gläubiger weder zu nehmen, noch kann er ihn fordern. Es kann deshalb nicht davon die Rede sein, daß der Schuldner gegen eine Forderung des Gläubigers an ihn mit dem Erlöse aufrechnen, oder sich durch Aufrechnung einer Forderung gegen den Gläubiger von der Hinterlegung befreien könnte.

16. Der Verkauf und die Hinterlegung ist abweichend von § 372 unbedingt nur zulässig bei Annahmeverzug des Gläubigers. Kann der Schuldner nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen, weil er über die Person des Gläubigers in Ungewißheit oder in der Person des Gläubigers ein Hinderungsgrund im Sinne des § 372 Satz 2, vgl. oben unter 6—8, vorliegt, so muß hinzutreten, daß der Verderb der geschuldeten Sache zu besorgen oder ihre Aufbewahrung bei dem Schuldner oder sonst mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden ist. § 383 Abs. 1. Diese Voraussetzungen hat auch hier der Schuldner zu beweisen, sobald die Rechtmäßigkeit des Verfahrens in Frage gezogen wird. Auch hier haben ferner Verkauf und Hinterlegung Wirksamkeit gegen den Willen des Gläubigers nur, wenn zum Verkauf gebracht wird, was der Schuldner zu leisten und der Gläubiger als Erfüllung anzunehmen gehabt hätte, was rechtmäßig hinterlegt wäre, wenn es hätte hinterlegt werden können und wenn zur Zeit des Verkaufs der Schuldner erfüllen durfte. Vgl. oben unter 6.

In dieser Beziehung gilt alles, was für HGB. I Art. 343 galt und für HGB. II § 373 gilt. Der ganze, gleiche, identische, vorhandene, zur Disposition stehende Leistungsgegenstand muß veräußert werden, bei genus jedenfalls die gleiche Waare. Vgl. OHG. 2 S. 410, 21 S. 76, 235; 22 S. 7, 24 S. 358. RG. 4 S. 7, 29 S. 66, 33 S. 95, 34 S. 98. Bolze 14 Nr. 426. Konsequent bestimmt § 383 Abs. 1, daß der Verkauf am Leistungsort, §§ 269, 270, zu erfolgen hat, weil dort zu erfüllen ist, § 374; im § 383 Abs. 2 ist aber der Verkauf an einem anderen geeigneten Orte zugelassen, wenn vom Verkauf am Leistungsorte ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist. Vgl. § 1236 Abs. 2 und zu

Art. 243 HGB. I: OHG. 16 S. 425, 14 S. 422, 13 S. 58. RG. 5 S. 67, 15 S. 3. Ist der Verkauf am Leistungsort erfolgt, so hat der Gläubiger darzuthun, daß der Schuldner nach Treu und Glauben an einem anderen Orte hätte verkaufen müssen; ist an einem anderen Ort verkauft, so muß der Schuldner dies aus § 383 Abs. 2 rechtfertigen. Denn den Verkauf an einem anderen Orte, als dem, an dem nach dem Gesetze verkauft werden mußte, braucht der Gläubiger als Ersatz der Leistung so wenig zu nehmen, wie die Leistung an einem anderen als dem Leistungsort. Die verständige Beurtheilung des einzelnen Falls und § 242 werden Unbilligkeiten hindern.

Auch in § 383 kommt wie bei § 373 HGB. (Art. 343) in Betracht, daß der Schuldner berechtigt, nicht verpflichtet ist, zu verkaufen und zu hinterlegen, daß das Gesetz ihm nicht vorschreibt, wann nach eingetretener Leistungsberechtigung er verkaufen und hinterlegen muß, daß der Schuldner deshalb grundsätzlich frei zu bestimmen hat, ob und wann er verkaufen und hinterlegen will. Aber dolos oder grob fahrlässig darf der Schuldner nicht handeln. Es kann z. B. geboten sein, die leicht verderbliche Sache zu veräußern und den Erlös zu hinterlegen statt sie verderben zu lassen, auch in dem Aufschieben des Verkaufs bis zu einer unpassenden Zeit ein vertretbares Verschulden liegen. Vgl. OHG. 21 S. 158, 23 S. 190; RG. 36 S. 83, 96.

17. Der Verkauf muß durch öffentliche Versteigerung erfolgen, § 383, kann nur im Falle § 385 durch einen öffentlich dazu ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person ohne Versteigerung aus freier Hand zum laufenden Preise erfolgen. Vgl. §§ 1221, 1235. Was öffentliche Versteigerung ist, sagt § 383 Abs. 3 Satz 1 und 2. Auf sie finden die Vorschriften für alle öffentlichen Versteigerungen in §§ 156, 158 und nach § 457 auch die der §§ 456, 458 Anwendung. Vgl. Bd. 1 S. 224, 225. Jeder für den Versteigerungsort zuständige Gerichtsvollzieher ist als solcher befugt, jeder landesgesetzlich zu Versteigerungen befugte Beamte (Notare, Gerichte, Magistrate, Gemeindevorsteher u. a.), jede für öffentliche Versteigerungen bestellte Person, Gewerbe-O. § 36 (Auktionatoren). Im § 385 muß die Sache am Orte des Verkaufs einen Börsen- oder Marktpreis haben oder ein solcher für den Ort zu ermitteln sein; OHG. 9 S. 129; der Verkauf muß durch eine zu öffentlichen Versteigerungen bestellte Person, § 383 Abs. 3, oder einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler erfolgen. Vgl. Börsengesetz § 34; der laufende Preis muß erzielt werden, d. h. der für den Ort und die Zeit des Verkaufs bezahlte Durchschnittspreis. OHG. 8 S. 99. Sind diese Bedingungen nicht zu erfüllen, so muß öffentlich versteigert werden. Alle diese Vorschriften über die öffentliche Versteigerung und den Verkauf aus freier Hand müssen ebenso erfüllt sein, wie die im Satz 2 Abs. 3 § 383, sonst hat der Verkauf keine rechtliche Bedeutung im Sinne der §§ 383, 385.

18. Dazu tritt nach § 384 Abs. 1, der auch für § 385 gilt, das Erforderniß der Androhung des Verkaufs, zu der genügt, daß dem Gläubiger die Absicht, zu verkaufen, durch den Schuldner oder in seinem Auftrage mitgetheilt, angezeigt wird; die Stellung einer Alternative ist nicht erforderlich; Anzeige durch einen nicht beauftragten und legitimirten Dritten ist nicht ausreichend, ebensowenig Anzeige an den Nichtgläubiger und Anzeige, die den Gläubiger nicht in den Stand setzt, sein Interesse wahrzunehmen, dem grade die Androhung dienen soll. Deshalb muß die

Anzeige so rechtzeitig erfolgen, daß der Gläubiger noch handeln kann. Vgl. RG. 1 S. 6. OHG. 19 S. 293, 23 S. 170, 12 S. 284, 18 S. 331. Ohne Androhung ist der Verkauf und die Hinterlegung wirkungslos. § 384 Abs. 1. Vgl. OHG. 12 S. 285.

Nach § 384 Abs. 1 und Abs. 3 darf die Androhung nur unterbleiben, wenn der Aufschub des Verkaufs wegen des verdorbenen Zustandes der Sache gefährlich, oder wenn sie unthunlich ist, d. h. dem Schuldner wegen der damit verbundenen Umstände oder Kosten nicht zuzumuthen ist, aus dem Unterlassen ihm kein Vorwurf gemacht werden kann. Daß die Androhung erfolgt ist, hat der Schuldner zu beweisen, ebenso die Umstände, die das Unterlassen der Androhung rechtfertigen. OHG. 12 S. 284, 18 S. 331.

Die Androhung muß dem Gläubiger geschehen, gegen den Verkauf und Hinterlegung wirken soll. Der Pfandgläubiger, der nach Tilgung der Pfandschuld das Pfand zurückgeben muß und los sein will, ebenso der Verwahrer, der Leiher, hat dem anzudrohen, dem er die Sache zurückzugeben hat, bei Verpfändung durch einen Dritten für fremde Schuld also diesem Dritten. Hat der Verpfänder fremde Sache verpfändet, oder der Verleiher, der Deponent fremde Sache verliehen, in Verwahrung gegeben, so steht der gutgläubige Pfandbesitzer, Leiher, Aufbewahrer zu dem dritten Eigenthümer in keinem Schuldverhältniß, nur zu seinem Kontrahenten, bevor der dritte Eigenthümer mit seinem Rechte auftritt. Weiß oder erfährt er nachträglich das fremde Eigenthum, so kann er sich durch den Verkauf verantwortlich machen, wenn nicht der drohende Verderb der Sache den Verkauf zu einer neg. gestio für den Eigenthümer macht, § 680, oder Annahmeverzug des Dritten vorliegt. In letzterem Falle muß die Androhung dem Dritten geschehen.

19. Von dem Verkauf soll der Schuldner den Gläubiger unverzüglich benachrichtigen, wenn das nicht unthunlich; das gilt für den § 384 wie für den § 385. Die Unterlassung hat aber nach § 384 Abs. 2 nur Schadensersatzpflicht zur Folge, die nie dahin führen kann, daß Verkauf und Hinterlegung unwirksam. Der Schadensersatzanspruch setzt voraus, daß der Berechtigte die unterlassene Benachrichtigung beweist; das Unterlassen zu rechtfertigen hat der Schuldner.

20. Die Wirkung des Verkaufs tritt, wie bereits hervorgehoben, erst mit der Hinterlegung des Erlöses ein. § 383 Abs. 1 Satz 1. Der Verkauf ohne Hinterlegung hat wider den Willen des Berechtigten keine Wirkung; mit der Hinterlegung wirkt aber auch der Verkauf, falls er nach § 383 Abs. 1 rechtmäßig war, so, als ob zur Zeit des Verkaufs hinterlegt wäre. Der Verkauf, der rechtmäßig war, kann dadurch nicht unrechtmäßig werden und die Hinterlegung hindern, daß der Gläubiger nachträglich die mora tilgt oder sich legitimirt, sich meldet, bekannt wird, zurückkehrt. Nur muß der Schuldner dann auch hinterlegen, wenn der Gläubiger sich nicht bereit erklärt, den Erlös statt der Sache zu nehmen. Bei unrechtmäßigem Verkauf ist auch die Hinterlegung nicht rechtmäßig.

Mit der Hinterlegung des Erlöses treten die Wirkungen jeder rechtmäßigen Hinterlegung ein. Der Schuldner kann gemäß § 373 hinterlegen, hat gemäß § 376 das Recht, die Hinterlegungserklärung zurückzunehmen, in welchem Falle § 379 Abs. 3 eintritt, der § 377 findet Anwendung, und das Recht der Rücknahme ist unter den Voraussetzungen des § 376 Abs. 2 ausgeschlossen. Mit der unwiderruflichen Hinterlegung des Erlöses ist der Anspruch des Gläubigers auf die Sache getilgt. Die

§§ 378, 379 Abs. 1, 2 finden ebenso Anwendung wie §§ 380, 381, 382. Alles das ergiebt sich indirekt auch aus § 386. Das Recht zur Rücknahme kann für den Schuldner bedeutsam werden, wenn er selbst die Sache erstanden hat und so in der Lage ist, die Sache selbst zu leisten, oder die Sache einen unerwartet hohen Erlös ergeben hat, der dem Schuldner verbleibt, während er die Sache sich vielleicht billiger wieder verschaffen und leisten kann. Alles das ist in § 373 HGB. anders. Nimmt der Schuldner den Erlös zurück, so braucht der Gläubiger den Verkauf nicht gelten zu lassen, hat Anspruch auf die Sache selbst, aber nicht auf den Erlös, und Anspruch auf Schadensersatz wegen der durch den Verkauf herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung. §§ 325, 326. Nur wird zu beachten sein, daß der Verkauf ohne Hinterlegung, z. B. bei drohendem Verderb, auch die Natur der neg. gestio haben kann, wie bereits angedeutet. Dann hat der Gläubiger den Anspruch auf den Erlös. Vgl. zu §§ 677 ff., 687 Abs. 2.

III. 21. Ob der Schuldner sich durch Hinterlegung befreien kann, richtet sich nach dem Recht, dem das Schuldverhältniß unterliegt, das gelöst werden soll; wie zu hinterlegen, bestimmt nothwendig das Recht des Orts, wo zu hinterlegen. Hinterlegung vor dem 1. Januar 1900 ist als Erfüllungsakt nach Voraussetzung, und Wirkung (Rechtsverhältnisse aus der Hinterlegung, Rücknahmerecht, dingliche und obligatorische Wirkung auf das Schuldverhältniß) lediglich nach altem Recht zu beurtheilen. Bei Hinterlegung nach dem 1. Januar 1900 zur Tilgung eines vorher begründeten Schuldverhältnisses bleibt es für die Frage, ob die Hinterlegung statthaft und unter welchen Voraussetzungen, gemäß Art. 170 Einf.G. lediglich bei dem alten Recht. In welcher Form und wo zu hinterlegen, das Verfahren der Hinterlegung, bestimmt sich naturgemäß nach neuem Recht; eine Form der Hinterlegung, die das BGB. nicht kennt, fällt von selbst fort. Vgl. z. B. § 234 I 16 ALR., RG. 48 S. 19, oben S. 298 unter Nr. 29. Aber ebenso nothwendig ist die Folgerung, daß die Wirkung der Hinterlegung unter neuem Recht nur nach neuem Recht beurtheilt werden kann; für die Anwendung von Grundsätzen alten Rechts auf ein Rechtsinstitut neuen Rechts fehlt es an jeder Möglichkeit. Vgl. Habicht § 21 unter 2.

---

3. Titel. Aufrechnung.

§ 387. Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jeder Theil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Theiles aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann.[1—3, 7—16, 17—21, 35, 36])

§ 388. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird.[22—25])

§ 389. Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.[26—31, 35, 36])

§ 390. Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden. Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.[13, 18, 19])

§ 391. Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß für die Forderungen verschiedene Leistungs- oder Ablieferungsorte bestehen. Der aufrechnende Theil hat jedoch den Schaden zu ersetzen, den der andere Theil dadurch erleidet, daß er in Folge der Aufrechnung die Leistung nicht an dem bestimmten Orte erhält oder bewirken kann.[17])

Ist vereinbart, daß die Leistung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte erfolgen soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Aufrechnung einer Forderung, für die ein anderer Leistungsort besteht, ausgeschlossen sein soll.[4, 17])

§ 392. Durch die Beschlagnahme einer Forderung wird die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nur dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist.[18])

§ 393. Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig.[32])

§ 394. Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt. Gegen die aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine, zu beziehenden Hebungen können jedoch geschuldete Beiträge aufgerechnet werden.[33])

§ 395. Gegen eine Forderung des Reichs oder eines Bundesstaats sowie gegen eine Forderung einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes ist die Aufrechnung nur zulässig, wenn die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden zu berichtigen ist.[34])

§ 396. Hat der eine oder der andere Theil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der aufrechnende Theil die Forderungen bestimmen, die gegen einander aufgerechnet werden sollen. Wird die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt oder widerspricht der andere Theil unverzüglich, so findet die Vorschrift des § 366 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Schuldet der aufrechnende Theil dem anderen Theile außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten, so finden die Vorschriften des § 367 entsprechende Anwendung.[27, 29, 30])



Aufrechnung (Kompensation). §§ 387—396. Entw. I §§ 281—289; II §§ 331 bis 340; III §§ 381—390. ALR. I 16 §§ 300—377. SBGB §§ 988—997. C. c. art. 1289—1299. W. 2 §§ 348—351. D.PrPr. 2 §§ 104, 105. Eccius 1 § 94. RE. 3 Nr. 265, 265a, 265b. D. BR. 2 §§ 124—129. Endemann 1 §§ 144—147. Cosack 1 § 111. Enneccerus-Lehmann 1 §§ 214 ff. Crome, französ. Obligationenrecht § 27. Crome, BR. 2 §§ 191—194. Schollmeyer, R. der Schuldverhältnisse zu §§ 387 ff. Jhering, Jahrb. 43 S. 435 (Lippmann). Gruchot, Beitr. 42 S. 225, 233, 562. Kohler in der Zeitschr. für Civilprozeß 24 S. 1; 26 S. 1, 43. Kohler und Ring, Arch. f. b. R. 15 S. 104, 21 S. 10, 171.

I. 1. Wenn A von B und B von A Geld zu fordern hat, so ist es regelmäßig vernünftig, gerecht, billig und wirthschaftlich, daß Jeder behält, was er dem Anderen zu zahlen hat, weil er dasselbe, wenn er es zahlt, von dem Anderen zurückzuerhalten hat. Jeder hat die Befriedigung für seine Forderung in dem, was er behält. Hat der Eine von dem Anderen mehr zu fordern, als er diesem schuldet, so tritt für Beide Befriedigung ein, soweit die beiden Forderungen sich decken; als Forderung bleibt der ungedeckte Theil für den, der mehr zu fordern hat, als er schuldet. Die Kompensation ist vernünftig und wirthschaftlich, weil sie unnützes Zahlen und Herauszahlen erspart, gerecht und billig, wenn A zahlen kann, was er dem B schuldet, aber keine Aussicht hat, von B wieder zu erhalten, was dieser

ihm schuldet, weil B nicht zahlen kann (KonkO. § 53). Alles das kann auch so sein, wenn es sich um andere generische Sachen als Geld handelt, wie Werthpapiere, Getreide u. a., die nicht als species in Betracht kommen. Ist auf beiden Seiten oder auf einer Seite eine species Gegenstand von Forderung und Schuld, so fällt der innere Grund für die comp. fort; durch eine andere species wird der Gläubiger nicht befriedigt, und der Gläubiger, der eine species zu fordern hat und Geld schuldet, erhält die species nicht dadurch, daß er sein Geld behält. Hier ist nur datio in sol., Befriedigung durch Vertrag, möglich. Handlungen (Dienstleistungen, Exnexuation) haben regelmäßig die Natur der species. Vgl. ALR. I 16 § 371. Der Hauptfall und regelmäßige Fall der comp. wird immer der der Geldforderung und Geldschuld sein.

2. Alle Rechtssysteme kennen das Rechtsinstitut der Kompensation (Aufrechnung), weil es praktisch und vernünftig ist, in der Form, daß Jeder sich die Aufrechnung auch wider seinen Willen gefallen lassen muß. Es wurde früher die Auffassung vertreten, daß die Aufrechnung wider den Willen beider Theile von selbst, ex lege, eintrete, sobald Forderung und Gegenforderung kompensabel entstanden. In art. 1290 C. c. ist dies gesetzlich ausgesprochen, vorausgesetzt freilich, daß Forderung und Gegenforderung gleichmäßig liquid sind; art. 1291. Die Liquidität war materielles Erforderniß dieser comp. légale, neben der die Praxis aber die comp. judiciaire zuließ, wenn Forderung und Gegenforderung oder eine von beiden im Prozeß liquid gestellt wurden. Vgl. RG. 12 S. 322, 325; 16 S. 371; 43 S. 381. Dem ist keine andere Gesetzgebung gefolgt, weil kein Grund vorliegt, die Parteien zur comp. zu zwingen und die Ausschließung der comp. durch Vertrag zu verbieten, auch wo beiden oder dem einen Theil nur durch baare Zahlung gedient ist, der die comp. praktisch nicht gleichsteht, und der andere Theil dies bewilligt. Näher lag mit Rücksicht auf die Thatsache, daß die Frage der comp. überwiegend erst zur Sprache kommt, wenn der eine Theil klagt, die Auffassung, daß die comp. im Prozeß durch das Zugeständniß des Gegners oder das Urtheil des Richters auf eine exceptio des Schuldners zu Stande kommt, das nach Feststellung der Gegenforderung die Klage ganz oder theilweise abweist oder, wenn der Kläger in der Klage aufgerechnet hat, die Aufrechnung konstatirt. Ist aber der Schuldner berechtigt, zu kompensiren, der Gläubiger verpflichtet, sich die comp. gefallen zu lassen, so kann, sobald der Schuldner die Kompensation im Prozeß oder außerhalb desselben erklärt hat, der Richter die Wirkung dieser Erklärung nicht vollziehen, nur deklariren.

In der Praxis und Theorie des gem. und des Preuß. Rechts ist denn auch schon vor dem BGB. die Auffassung durchgedrungen, daß die Aufrechnung sich durch die einseitige Erklärung des Schuldners, der zugleich Gläubiger des fordernden Gläubigers, vollzieht, mag die Erklärung im Prozeß oder außerhalb des Prozesses erfolgen. SBGB. §§ 988, 992. ALR. I 16 §§ 300, 301. ObTr. 4 S. 207 (Pl.). RE. 3 Nr. 265 Erk. a. RG. 11 S. 115, 119, 120. OHG. 19 S. 77, 7 S. 86, 9 S. 110. Nach SBGB. wie nach ALR. entspringt die Kompensation beim Gegenüberstehen wechselseitiger Forderungen für beide Theile aus dem Gesetz als ein in seiner Wirkung durch seine willkürliche Ausübung bedingtes Recht mit der Wirkung, daß mit der erklärten Aufrechnung die beiden Forderungen in dem Moment als getilgt gelten, in welchem sie nach dem Gesetz aufgerechnet werden konnten.

3. Das BGB. steht auf demselben Standpunkt. Nach § 387 kann beim Gegenüberstehen wechselseitiger Forderungen jeder Theil aufrechnen; nach § 388 er-

folgt (vollzieht sich) die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile und nach § 389 bewirkt diese Erklärung die Tilgung der wechselseitigen Forderungen, soweit sie sich decken, in dem Zeitpunkt, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübertreten. Die Aufrechenbarkeit, der Umstand, daß der Schuldner einer Forderung zugleich Gläubiger seines Gläubigers, berührt an sich die beiden Forderungen nicht, macht keine von beiden mangelhaft. Motive 2 S. 109. Protokolle 1 S. 366. Es braucht nicht aufgerechnet zu werden; die Aufrechnung ist eine Befugniß, der auch nach BGB. zweifellos entsagt werden kann. Vgl. ALR. I 16 §§ 372, 376. Wer sich auf erfolgte Aufrechnung beruft, behauptet, durch Aufrechnung getilgt zu haben; wer aufrechnet, tilgt durch Aufrechnung. Er verweigert die Leistung nicht, weil er zur Verweigerung berechtigt, sondern weil die geschuldete Leistung nicht mehr besteht. Eine Einrede im Sinne des BGB. ist die Berufung auf Aufrechnung daher nicht. Vgl. zu §§ 768, 770. Nach § 357 ist bei vertragsmäßig für den Fall der Nichterfüllung vorbehaltenem Rücktritt der Rücktritt unwirksam, wenn der Schuldner sich durch Aufrechnung von der Verbindlichkeit befreien konnte, auf deren Nichterfüllung der Rücktritt gestützt wird, aber nur, wenn die Aufrechnung unverzüglich nach dem Rücktritt erklärt wird, und nach § 554 (581) ist bei Miethe und Pacht die Kündigung wegen Miethzinsrückstand unwirksam, wenn der Miether sich durch Aufrechnung von der Miethzins(Pachtzins)-Forderung befreien konnte, aber auch nur, wenn die Aufrechnung unverzüglich nach der Kündigung erklärt wird.

Die Aufrechnungsbefugniß kann hiernach selbst durch Versäumniß verloren gehen. Das weist ebenso wie die Vorschriften in den §§ 768, 770, 771, 1137, 1211 sehr deutlich darauf hin, daß im Sinne des BGB. das Gegenüberstehen aufrechenbarer wechselseitiger Forderungen allein ihren Bestand auch nicht bedingt berührt, daß allein die Aufrechnungserklärung tilgend wirkt, und daß der, der seine Schuld zahlt, statt sich durch Aufrechnung zu befreien, das Gezahlte nicht zurückfordern kann, weil er sich irrthümlich nicht durch Aufrechnung befreit hat. (Keine cond. indebiti, § 814.) Daneben besteht freilich, daß nach § 389 die Aufrechnungserklärung auf den Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit zurückwirkt, und daß Jeder damit zu rechnen hat, es werde gegen seine Forderung mit seiner Schuld aufgerechnet werden, Jeder daher auch vertrauen kann, der Andere werde nicht fordern, was sofort aufgerechnet werden kann. Ueber diese und andere Folgerungen aus § 388 und § 389 vgl. unter 26 u. ff.

4. Das BGB. behandelt nur die Aufrechnung durch einseitige Erklärung; § 388. Der Aufrechnung durch Vertrag ist nicht besonders gedacht. Auch für das BGB. versteht sich aber von selbst, worüber im gem. und Preuß. Recht kein Zweifel bestand, ALR. I 16 §§ 322, 323, 324, W. 2 § 351 unter 2, daß die Aufrechnung durch Vertrag ebenso begründet, wie ausgeschlossen werden kann, soweit sich nicht aus dem Gesetz das Gegentheil ergiebt. In ALR. I 16 §§ 372, 373 ist gesagt, daß der Schuldner der Einrede der comp. entsagen kann, das bloße Versprechen baarer Zahlung aber nicht für eine solche Entsagung zu achten ist, und § 374 fügt hinzu, daß die Entsagung nach übernommener Bürgschaft zum Nachtheil des Bürgen unwirksam. Verzicht auf die Aufrechnung, Entsagung ist als Aufgeben eines Rechts nach BGB. wie nach ALR. I 16 §§ 388 ff.; 11 §§ 1058 ff., Willenserklärung, Rechtsgeschäft, das dem anderen Theile gegenüber vorzunehmen ist, und der Annahme bedarf, wenn daraus ein Recht auf Leistung hergeleitet wird. Auch erklärte Auf-

rechnung kann durch Vertrag wieder aufgehoben, rückgängig gemacht werden, nur nicht zum Nachtheil Dritter, die durch die Aufrechnung befreit sind. (Bürge.) Vertragsmäßiger Ausschluß der Aufrechnung lag in StrA. 35 S. 300 vor, wo der Darlehnsschuldner in dem Schuldschein „Rückzahlung ohne Kompensation" versprochen hatte. Auch ohne solche ausdrückliche Bestimmung kann die Aufrechnung vertragsmäßig, nach dem Vertragswillen, ausgeschlossen sein, wenn baare Zahlung zu bestimmtem Zwecke, z. B. zur Deckung fälligen Accepts, wie in OHG. 5 S. 157, versprochen, oder zur Bezahlung von Pachtzins, den der Verkäufer schuldete, wie in OHG. 4 S. 37. Nach dem Vertragswillen muß auch als ausgeschlossen gelten, daß der, der ein Darlehen verspricht, gegen den Anspruch darauf mit einer Forderung gegen den Versprechensempfänger aufrechnet. Dadurch erhält der Darlehenssucher das Darlehn nicht. Nach § 391 Abs. 2 soll im Zweifel die Aufrechnung als ausgeschlossen, d. h. als durch den Vertragswillen stillschweigend ausgeschlossen gelten, wenn die eine Leistung zu bestimmter Zeit an bestimmtem Orte erfolgen soll, während die Leistung des Anderen einen anderen Leistungsort hat. Jene Leistung gewinnt dadurch die Natur einer species, die nicht ersetzt werden kann durch die Befreiung von der Schuld eines genus oder einer anderen species.

Dagegen genügt zum vertragsmäßigen Ausschluß der Aufrechnung auch nach BGB. regelmäßig nicht das einfache Versprechen baarer Zahlung oder die Annahme eines Auftrages, eine Forderung einzuziehen und den Erlös baar einzusenden; dadurch wird die Aufrechnung des Beauftragten mit älterer Schuld des Auftraggebers nicht ausgeschlossen. OHG. 3 S. 65, 73. ObTr. 43 S. 452. StrA. 25 S. 79; 38 S. 39. Konkret kann aber das Versprechen baarer Zahlung nach dem Willen der Parteien den vertragsmäßigen Ausschluß der comp. bedeuten. SBGB. § 996. Ob der vertragsmäßige Ausschluß auch in dem Falle wirkt, wo über das Vermögen dessen, der danach baare Zahlung zu fordern hat, der Konkurs eröffnet wird und der andere Theil dadurch in die Lage kommt, volle Zahlung leisten und für seine Gegenforderung sich mit tributarischer Befriedigung begnügen zu müssen, ist ebenfalls konkret nach dem präsumtiven Willen der Parteien zu entscheiden. In StrA. 35 S. 300 ist mit sehr zweifelhafter Begründung angenommen, daß der vertragsmäßige Ausschluß mit dem Konkurse stets seine Bedeutung verliere.

Wenn, wie in § 49 Abs. 2 des Ges. über die Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung, die baare Erlegung des Baargebots gesetzlich vorgeschrieben, ist die Aufrechnung durch das Gesetz ausgeschlossen. Daß, wie nach § 374 I 16 ALR. der Ausschluß der comp. nach übernommener Bürgschaft zum Nachtheil des Bürgen ohne Wirkung, hängt damit zusammen, daß nach §§ 328, 329 I 16 ALR. der Schuldner zwar nicht mit einer Forderung des Bürgen gegen den Gläubiger aufrechnen kann, was sich nach BGB. von selbst versteht, wohl aber der Bürge mit Forderungen des Schuldners gegen den Gläubiger kompensiren kann. Nach BGB. §§ 768 Abs. 2, 770 Abs. 2, 776 ist dies anders, der Satz des § 374 I 16 ALR. für das BGB. deshalb nicht anzuerkennen.

Der eigentliche Kompensationsvertrag, durch welchen gegenseitige Gläubiger und Schuldner vertragsmäßig Bestimmung über die Aufrechnung treffen, kann den verschiedensten Inhalt und danach verschiedene rechtliche Natur haben. Da die Aufrechnung ein gesetzliches Recht, und zugleich die gesetzlich normirte Wirkung dieses Rechts ist, hat der Vertrag über Aufrechnung eine praktische Bedeutung im Allgemeinen nur, wenn er die Voraussetzungen des Rechts oder die Wirkung desselben

anders als das Gesetz normirt, oder durch die Erklärung der Kontrahenten das feststellt, was sonst als Voraussetzung des gesetzlichen Rechts dargethan werden müßte, oder Aufrechnung zu Gunsten eines Dritten stipulirt, während das gesetzliche Recht der comp. die Aufrechnung nur zwischen Gläubiger und Schuldner zum Zwecke ihrer eigenen Befriedigung gestattet. Der Vertrag kann bestimmen, daß gegenwärtige Forderungen, oder eine gegenwärtige mit einer künftigen, oder künftige Forderungen in Zukunft aufgerechnet werden sollen; die Aufrechnung kann an Bedingung und dies geknüpft werden. Der Vertrag kann die Aufrechnung gleichartiger und ungleichartiger Leistungen bestimmen. Denn alle Beschränkungen der comp. gelten, soweit sie nicht dem öffentlichen Interesse dienen, nur für die einseitige Aufrechnung gegen den Willen des anderen Theils. Durch Vertrag kann die Aufrechnung streitiger Forderungen, oder die Aufrechnung streitiger und unstreitiger Forderung stipulirt werden. Dann hat er Vergleichsnatur. BGB. § 779. Der Vertrag kann die Wirkung der Aufrechnung so bestimmen, wie sie § 389 normirt, aber auch anders, und wenn er nichts sagt, vollzieht sich und wirkt die vertragsmäßige Aufrechnung liberatorisch durch den Vertrag als den konstitutiven Rechtsakt und mit dem Vertragsschluß, der die in § 388 erforderte Erklärung ersetzt. Die Streitfrage des Preuß. Rechts, ob der Aufrechnungsvertrag der schriftliche Form bedarf, wo sie sonst erforderlich, StrA. 84 S. 180, RG. 1 S. 130, 3 S. 264, 6 S. 253, ObTr. 71 S. 25, besteht für das BGB. nicht, das für diesen Vertrag eine Form so wenig wie überhaupt vorschreibt.

Die bisherige Praxis bietet zahlreiche Fälle vertragsmäßiger Aufrechnung, die wirksam, wo gesetzliche Aufrechnung unzulässig sein würde. In StrA. 84 S. 69 wurden von A gegen B Naturalprästationen aus Altentheilsrecht eingeklagt und von B eingewendet, es sei stipulirt, er solle eine Wechselschuld des A an C zahlen, mit dem Gezahlten gegen die Altentheilsforderung kompensiren dürfen. Mit der Zahlung würde nach BGB. die Altentheilsforderung getilgt, A auch nicht berechtigt sein, vor Verfall des Wechsels die früher fälligen Altentheilsprästationen zu fordern. Es kann wirksam verabredet werden, daß ein fälliges Proxenetikum gegen eine später fällige Darlehnsforderung des Schuldners an den Gläubiger aufzurechnen. StrA. 73 S. 103. Vgl. auch RG. 6 S. 253. Gesetzlich nicht erzwingbar ist die comp. mit einer Forderung, die nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gegen den Gläubiger zusteht. BGB. § 387. Wenn A von B zu fordern hat und an C schuldet, kann C den A nicht zwingen, seine Forderung an B durch Aufrechnung der Forderung des C an ihn tilgen zu lassen. Aber auch nach BGB. kann, wenn A von B Pachtzins zu fordern hat, C diese Forderung mit und ohne Auftrag des B dadurch tilgen, daß er mit A stipulirt, seine, des C, Forderung an A solle gegen die Schuld des B aufgerechnet, B dadurch liberirt werden. StrA. 68 S. 84, 80 S. 73. OHG. 5 S. 67. (Abrede des Wechselinhabers mit dem Wechselaussteller, daß die Schuld des Acceptanten durch Aufrechnung einer Forderung des Ausstellers gegen den Wechselinhaber getilgt sein soll. Abrede in einem Kaufvertrage zwischen A und B, daß die Kaufgeldschuld des B durch Aufrechnung mit einer Forderung des B gegen C getilgt sein solle; A verwendet seine Forderung zur Liberation des C, B seine Forderung gegen C zur Tilgung seiner Kaufgelderschuld.) Vgl. OHG. 15 S. 265, wo auf das Institut der Skontration verwiesen ist. Vgl. Cosack, Handelsr. § 63 unter II. (A Gläubiger des B, B Gläubiger des C, A Schuldner des C; A und C rechnen auf.) Stipulirt werden kann die sonst unzulässige comp. zwischen Gesellschaftsforderung und Forderung des

Gesellschaftsschuldners an einen Gesellschafter, ebenso die comp. zwischen Gesellschaftsschuld und Forderung eines Gesellschafters an den Gläubiger. OHG. 9 S. 429.

Gesetzlich kann nur mit Forderung kompensirt werden, deren Befriedigung gefordert werden kann, § 387, nicht mit Forderung, die nur freiwillig zahlbar ist, da einseitige comp. mit solcher Forderung gegen den Willen des Schuldners einen Zwang zur Befriedigung enthalten würde, den das Gesetz nicht will. Vgl. 4—6 zu §§ 241 ff., oben S. 16, 17. In Frage kommen namentlich die unklagbaren aber zahlbaren Forderungen aus Spiel, Wette, Ehemäklervertrag, Differenzgeschäft, Börsentermingeschäft. BGB. §§ 656, 762, 764. Börsengesetz §§ 48, 66, 68, ferner durch Akkord erlassene Schuldquote. Vgl. RG. 42 S. 118, 120. Aber freiwillig befriedigt der Schuldner solcher Forderung den Gläubiger auch dann, wenn er ihm vertragsmäßig Befriedigung aus Sachen gestattet, die er vom Schuldner erhalten, oder aus sonstiger Forderung des Schuldners an ihn. Die durch den Vertrag vollzogene Kompensation steht der freiwilligen Befriedigung gleich. So für früheres Recht ObTr. 71 S. 25 (StrA. 92 S. 47), StrA. 84 S. 180, RG. 1 S. 130; die damalige preußisch-rechtliche Streitfrage, ob ein Kompensationsvertrag der schriftlichen Form bedürfe, fällt für das BGB. fort. Festzuhalten ist aber auch für das BGB., daß nur die durch den Vertrag oder auf Grund des Vertrages freiwillig vollzogene Kompensation, wie sie sich z. B. im Kontokurrentverkehr in der Anerkennung des Saldos darstellt, der freiwilligen Befriedigung gleichsteht, die durch solchen Vertrag stipulirte künftige Aufrechnung dagegen wider den Willen des Schuldners, d. h. einseitig nicht vollzogen werden kann, weil sie Zwang wäre. RG. 38 S. 232, 238, 240. Aufrechnung für den Fall des Verlustes im Spiel ist so wenig rechtlich wirksam, wie Zahlung für den Fall des Verlustes.

Der Aufrechnungsvertrag wirkt zunächst unter den Kontrahenten, aber die dadurch vollzogene Aufrechnung macht, da sie tilgt, der Bürge ebenso geltend, wie der dritte Verpfänder; ist künftige Aufrechnung stipulirt, so schafft der Vertrag für die Zwischenzeit eine wirkliche Einrede für den Schuldner, dem ohne Berücksichtigung des Vertrages Befriedigung abverlangt wird, wie für den Bürgen und dritten Verpfänder. Zum Nachtheil Dritter, gegen die einseitige Aufrechnung nicht wirkt, kann auch durch den Kompensationsvertrag Aufr. nicht begründet werden, und wo das Gesetz die Aufr. nicht bloß im Interesse des Einzelnen, sondern im öffentlichen Interesse ausschließt, kann sie durch Vertrag nicht wirksam werden.

Die Beschränkungen der comp. im Konkurse, KonkO. § 55, sind im Interesse aller Konkursgläubiger statuirt und haben die Natur öffentlichen Rechts. Daran kann durch einen Kompensationsvertrag nichts geändert werden, der vor dem Konkurse Aufrechnung einer gegenwärtigen Forderung mit einer künftigen stipulirt, die demnächst Masseforderung wird. In den §§ 321—323 I 16 ALR. war anerkannt, daß der Pächter durch Bestellung einer Pachtkaution vor eröffnetem Konkurse über das Vermögen des Verpächters nur eine Forderung gegen den Verpächter erwirbt, die nach der Konkurseröffnung erwachsenden Pachtzinsen Forderungen der Masse werden, die das Pachtobjekt gewährt; dem Pächter wurde ein Kompensationsrecht mit den in die Zeit nach der Konkurseröffnung fallenden Raten nur gewährt, wenn es ihm vertragsmäßig eingeräumt. Das ist schon in die Preuß. KonkO. nicht aufgenommen und gilt auch nach der RKonkO. nicht. Vgl. ObTr. 61 S. 409 (StrA. 71 S. 329), StrA. 19 S. 232, RG. 1 S. 347, 33 S. 46. In letzterem Falle hatte A Räume

mit Dampfkraft an B vom 1. Juni 1891 bis 1. Oktober 1894 mit der Abrede vermiethet, daß B befugt, Forderungen aus von ihm auf A gezogenen nicht eingelösten Wechseln auf die Miethsraten zu verrechnen. Als 1892 Konkurs über A eröffnet wurde und der Verwalter Miethe für die Zeit nach der Konkurseröffnung einklagte, wollte B mit Acceptschulden des A kompensiren, weil er die Miethe durch die Einlösung der Wechsel in Höhe der dazu verwendeten Beträge vorausbezahlt habe und nach dem Vertrage zu kompensiren berechtigt sei. Dies ist nicht zugelassen, wie in ObTr. 61 S. 409 nicht die comp. der Kautionsforderung mit den nach der Konkurseröffnung verfallenen Pachtraten.

Wenn § 1125 BGB. die Aufrechnungsbefugniß des Miethers (Pächters) mit Forderungen gegen den Vermiether (Verpächter) gegenüber dem Hypothekengläubiger einschränkt, so kann durch Vertrag zwischen Miether (Pächter) und Vermiether (Verpächter) die Aufrechnungsbefugniß zum Nachtheil des Hypothekengläubigers nicht erweitert werden. Vgl. RG. 36 S. 307 zu § 31 des Preuß. EigenthGes. v. 5. Mai 1872, der die Vorauserhebung, Abtretung, Verpfändung der den Hypothekengläubigern haftenden Pacht- und Miethzinsen einschränkte und die Beseitigung dieser Beschränkung durch Aufrechnungsvertrag nicht zulassen konnte. Dasselbe muß für § 575 BGB. gelten, der die Aufrechnungsbefugniß des Miethers (Pächters, § 581) mit Forderungen gegen seinen Vermiether gegenüber dem späteren Eigenthumserwerber einer ähnlichen Beschränkung unterwirft, die ohne Zustimmung des neuen Eigenthümers durch Aufrechnungsvertrag nicht beseitigt werden kann.

Nach § 221 HGB. II (vgl. Art. 219, Art. 184c HGB. I) ist die gesetzliche Aufrechnung des Aktionärs und seiner Rechtsnachfolger mit einer Forderung an die Gesellschaft gegen die statutenmäßige Einzahlungspflicht auf das Aktienkapital ausgeschlossen. Seinen inneren Grund hat dies darin, daß die statutenmäßigen Leistungen des Aktionärs dem Zweck der Gesellschaft, dem Unternehmen, als Betriebs- und als Garantiekapital für die Gläubiger der Gesellschaft dienen sollen und deshalb dem Anspruch des Aktionärs aus einem Schuldverhältniß zur Aktiengesellschaft nicht gleichartig sind. RG. 6 S. 69, 19 S. 124, 126. (Anders OHG. 25 S. 282.) Die Vorschrift dient der Aktiengesellschaft und den Gesellschaftsgläubigern und kann zu deren Nachtheil auch durch Vertrag zwischen Gesellschaft und Aktionär nicht beseitigt werden. RG. 6 S. 69, 18 S. 1, 19 S. 124. Ist Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet und fordert der Verwalter bis dahin nicht eingeforderte Einschüsse auf das Aktienkapital ein, so kann der Aktionär, der Maschinen an die Gesellschaft geliefert hat, sich nicht darauf berufen, daß er bei der Zeichnung oder später sich die Aufrechnung seiner Einlagen auf das Aktienkapital mit seiner Forderung aus der Maschinenlieferung ausbedungen habe oder daß ihm solche bewilligt sei. Solche Aufrechnung würde die Konkursgläubiger benachtheiligen. Und auch vor der Konkurseröffnung kann die Gesellschaft, welche Einschüsse vom Aktionär fordert, an einen Vertrag nicht gebunden sein, der sie zur Zulassung einer nach dem Gesetz unzulässigen Aufrechnung verpflichtete. RG. 19 S. 127 gegen RG. 6 S. 72, 73. Anders liegt die Sache, wenn die Aktiengesellschaft zu einer Zeit, wo der Einschuß des Aktionärs und zugleich seine Forderung an die Gesellschaft fällig war, die Aufrechnung bewilligt, die Aufrechnung vollzogen und dadurch nichts als das Zahlen und Zurückzahlen ohne Benachtheiligung der Gesellschaftsgläubiger erspart wird. RG. 18 S. 5. Die gesetzliche Aufrechnung ist stets ausgeschlossen.

Alles dies gilt auch in anderen Fällen, in denen die Aufrechnung gesetzlich aus gleichen Gründen wie in § 221 HGB. II ausgeschlossen ist, wie in §§ 171, 172, 189 Abs. 4, 5, § 281. Vgl. RG. 42 S. 1 (altes Recht). Zu §§ 393 ff. vgl. § 22 GenossenschGes., § 19 Ges., betr. die Ges. m. b. H. v. 20. April 1892, § 26 Ges. v. 12. Mai 1901 über die privaten Versicherungsunternehmungen, RG. 41 S. 120, — aber nicht da, wo die Aufrechnung aus anderen Gründen im Interesse eines Einzelnen ausgeschlossen ist.

5. Der Aufrechnungsvertrag steht unter den Regeln der Verträge, insonderheit der gegenseitigen Verträge, §§ 320 ff. Denn jeder Theil erklärt sich für seine Forderung mit Rücksicht darauf für befriedigt, daß der andere Theil sich wegen seiner Forderung für befriedigt erklärt. Deshalb kann keiner den anderen an der erklärten Aufrechnung festhalten, wenn keine Befriedigung erfolgt ist, weil die eine Forderung nicht bestand, irrthümlich als bestehend angenommen wurde, es müßte denn der Vertrag Vergleichsnatur haben oder der, dessen Forderung bestand, die Aufrechnung mit nicht bestehender Gegenforderung wissentlich bewilligt haben. Derjenige, dessen Forderung bestand, macht seine Forderung, die durch die Aufrechnung nicht berührt ist, weil er keine Befriedigung erhalten hat, so geltend, als sei nicht aufgerechnet, d. h. mit der Klage aus ihrem Rechtsgrunde, nicht mit der ganz anders gearteten cond. indebiti, § 814. Der Schuldner hat dieser Klage gegenüber, wenn feststeht, daß er die aufgerechnete Gegenforderung nicht hatte, zu beweisen, daß die Aufrechnung trotz des Nichtbestehens gewollt, Vergleich oder Erlaß vorliegt. Vgl. ObTr. 54 S. 120 (StrA. 59 S. 40), RE. 3 Nr. 261 Erk. a, wo der Verkäufer sich auf den Kaufpreis für Kuxe eine Forderung hatte anrechnen lassen, die nicht dem Käufer, sondern ihm selbst gebührte. Durch diese Aufrechnung hatte der Verkäufer nichts erhalten, und seine Klage auf Zahlung des irrthümlich und zu Unrecht aufgerechneten Betrages war die Kontraktsklage, nicht die cond. indebiti. Selbst wenn man den Aufrechnungsvertrag als gegenseitigen Erlaßvertrag auffassen will, womit der Inhalt des Vertrages keineswegs immer sich deckt, erfolgt doch stets Erlaß gegen Erlaß, und der Erlaß fällt fort, wenn auf der einen Seite nichts erlassen ist. Nur dem durch den Vertrag, wie durch einseitige Aufrechnung befreiten Dritten gegenüber kann die Forderung nicht mehr geltend gemacht werden. Stipulirt der Vertrag Aufrechnung bestehender Forderung mit künftigen Forderungen oder künftigen gegenseitigen Forderungen, so verstößt die Aufrechnung gegen andere Forderung durch den einen oder anderen Theil gegen den Vertrag und kann durch Berufung auf den Vertrag beseitigt werden.

Der Aufrechnungsvertrag unterliegt der Anfechtung aus §§ 116 ff. BGB., wie jeder Vertrag, ebenso im Konkurse und außerhalb desselben, mit denselben Wirkungen unter den Parteien und gegen Dritte, wie allgemein normirt, § 123.

6. Unter den Aufrechnungvertrag fällt der jetzt in §§ 355—357 HGB. II geordnete Kontokurrentvertrag, der seine besondere Natur in der Verbindung von Abrechnungs- und Aufrechnungsvertrag hat, die Aufrechnung der einzelnen Posten ausschließt und eine Forderung und Schuld von vornherein nur für den Ueberschuß entstehen läßt, der sich in dem Saldo für den einen oder anderen Theil ergiebt. Ueber diesen Vertrag vgl. jetzt besonders Düringer und Hachenburg, HGB. v. 10. Mai 1897 Bd. 2 S. 354 ff.

II. Die Voraussetzungen der gesetzlichen Aufrechnung. §§ 387, 389, 390, 391, 392.

7. Die Voraussetzungen der Aufrechnung sind im Wesentlichen die des bisherigen Rechts; die der Liquidität ist fortgefallen; alle beruhen darauf, daß die Aufrechnung zwar nicht Zahlung ist, aber der Zahlung gleich befriedigen soll. Vorausgesetzt wird nach § 387, daß **a.** dieselben Personen einander zu leisten haben, d. h. jede Gläubiger und Schuldner der anderen ist, **b.** daß sie einander Gleichartiges zu leisten haben, **c.** daß zur Zeit der Aufrechnung der, der aufrechnet, Befriedigung fordern und den Anderen befriedigen kann. Die Bestimmungen in den §§ 390, 391, 392 sind nur Ausgestaltungen und Modifikationen der Grundvorschrift in § 387.

8. Zu a: Der Schuldner rechnet nur seine Forderung gegen seinen Gläubiger auf. ALR. I 16 § 302. Der Nichtschuldner kann nach § 267 den Gläubiger durch Leistung befriedigen, aber nicht durch Aufrechnung. Durch diese Aufrechnung würde der Gläubiger nicht erhalten, was er von seinem Schuldner zu fordern hat. Nur der Dritte, der nach § 268 Abs. 1, § 1249 den Gläubiger selbst wider den Willen des Schuldners aus eigenem Recht befriedigen kann und durch die Befriedigung die Forderung erwirbt, kann nach § 268 Abs. 2 (§ 1249 Satz 2) den Gläubiger durch Aufrechnung mit eigner Forderung (nicht mit der des Schuldners) befriedigen, d. h. dem Gläubiger für dessen Forderung, die auf ihn übergeht, § 268 Abs. 3, die Befreiung von seiner Schuld in Zahlung geben. In §§ 1142, 1143, 1224, 1225 (§§ 1192, 1200, 1273) ist die Aufrechnung durch den nicht persönlich, aber dinglich verpflichteten Eigenthümer des Grundstücks und den dritten Verpfänder der beweglichen Sache ähnlicher Natur wie in § 268. Vgl. WO. Art. 48. Im Prozeß kann der Nebenintervenient nach § 66 CPO. nie mit eigener Forderung aufrechnen. RG. 17 S. 34, 18 S. 417.

9. Der Bürge ist nicht Nichtschuldner, kann deshalb mit eigener Forderung gegen den Gläubiger aufrechnen. Nach l. 5 D. 16, 2 und ALR. I 16 § 328 konnte der Bürge auch mit Gegenforderung des Hauptschuldners aufrechnen, nicht aber nach BGB. § 770 Abs. 2. Danach steht ihm wie nach §§ 1137, 1211 dem dinglich haftenden Grundstückseigenthümer und Verpfänder für dritte Schuld und nach § 129 Abs. 3 HGB. II dem Gesellschafter gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger, eine dilatorische Einrede gegen den Gläubiger zu, der sich durch Aufrechnung gegen den Hauptschuldner befriedigen kann, solange derselbe dies Recht hat. D. h. er kann den Gläubiger auf diese Befriedigung verweisen und dadurch Abweisung zur Zeit erreichen, nicht aber ein Aufrechnungsrecht mit einer dem Hauptschuldner, nicht ihm zustehenden Forderung geltend machen. Selbstverständlich ist, daß er compensatio jam facta nach § 768 Abs. 1, 2 geltend macht, wie die Einrede der Zahlung durch den Hauptschuldner. Vgl. zu §§ 765 ff. Selbstverständlich ist nach § 387 BGB., was § 329 I 16 ALR., C. c. art. 1294 ausdrücklich sagten, daß der Hauptschuldner mit einer Forderung des Bürgen nicht aufrechnen kann, da diese ihm nicht zusteht.

10. Wenn Mehrere dieselbe Leistung, Jeder ganz, schulden (Gesammtschuldner), kann Jeder gegen den Gläubiger das aufrechnen, was er selbst von ihm zu fordern hat, so wie der Gläubiger mit seiner Forderung gegen jeden Gesammtschuldner aufrechnen kann, der von ihm zu fordern hat. In beiden Fällen wird durch die Aufrechnung (des correus gegen den correus) die ganze Gesammtschuld getilgt. § 422 Abs. 1. Aber ein Gesammtschuldner kann nicht aufrechnen, was ein anderer Gesammtschuldner zu fordern hat, weil dessen Forderung nicht ihm zusteht, § 422 Abs. 2, wie ALR. I 16 § 306, SBGB. § 1027, zum Theil abweichend vom

gem. R., W. 2 § 250[19], nach welchem der correus socius mit der Forderung des anderen aufrechnen kann. Besonders gilt für die Solidarschuldner aus Wechsel, Art. 81 WO., von denen Acceptant und Aussteller des eigenen Wechsels an erster Stelle, die Indossanten an zweiter Stelle verpflichtet, wenn sie auch alle gemeinschaftlich oder der Reihe nach belangt werden können. Nach Art. 48 WO. kann der Wechselinhaber zur Auslieferung des Wechsels nur gegen Zahlung gezwungen werden, wenn er den Wechselverpflichteten nicht in Anspruch nimmt; nur der in Anspruch genommene kann sich durch Aufrechnung befreien. Art. 81 Satz 3. Der Wechselacceptant kann sich gegen die Klage aus dem Wechsel nicht darauf berufen, daß ein Wechselregreßverpflichteter (Indossant, Aussteller) einseitig dem Wechselgläubiger gegenüber Aufrechnung mit einer ihm an denselben zustehenden Forderung erklärt hat. Dadurch wird der Acceptant nicht befreit.

Andrerseits kann nach § 387, § 429 Abs. 3 der Schuldner, der mehreren Gesammtgläubigern schuldet, nur das aufrechnen, was er von dem Gesammtgläubiger zu fordern hat, der von ihm fordert, nicht das, was er von einem andern Gesammtgläubiger zu fordern hat, wenn auch comp. jam facta, die einem Gesammtgläubiger gegenüber erklärt ist oder mit einem verabredet ist, die Forderung aller tilgt.

Nach § 303 I 16 ALR. konnte gegen eine Mehreren gemeinschaftlich zustehende theilbare Forderung der Schuldner das aufrechnen, was er von einem der Gläubiger zu fordern hat, aber nur auf dessen Antheil, und mit einem solchen Antheil konnte der Berechtigte auch aufrechnen gegen eine Forderung des Schuldners an seine Person. RG. 21 S. 252, wo der Schuldner den Kaufpreis für ein Grundstück mit einer Forderung aufrechnete, welche ihm und anderen Personen zu bestimmten Antheilen als Miteigenthümern zustand, im Lauf des Prozesses ihm übrigens bei der Theilung zu einem bestimmten Betrage überwiesen war. Nach § 420 BGB., der den Fall der Gesammtgläubigerschaft und den Fall, wo die mehreren Gläubiger vor der Theilung nur gemeinschaftlich verfügen können, § 2040 (Nachlaßforderungen), vgl. § 747, nicht im Auge hat, ist darüber kein Bedenken.

11. Nach § 417 Abs. 1 Satz 2 kann der Schuldübernehmer mit einer Forderung des alten (befreiten) Schuldners nicht aufrechnen, weil er der alleinige Schuldner ist, die Forderung des alten Schuldners ihm nicht zusteht. Anders ist es, wenn der alte Schuldner vor der Schuldübernahme bereits aufgerechnet hat, die übernommene Schuld dadurch getilgt hat. § 417 Abs. 1 Satz 2.

12. Forderungen der Gesellschaft stehen den Gesellschaftern zur gesammten Hand zu, sowohl bei der Handelsgesellschaft, wie bei der Gesellschaft des BGB. §§ 718—720. Der einzelne Gesellschafter ist nicht Gläubiger. Deshalb kann ein Gesellschafter gegen die Forderung seines Privatgläubigers nicht mit einer Forderung der Gesellschaft an den Gläubiger aufrechnen, wenn sie ihm nicht cedirt, so wenig wie die Gesellschaft mit einer Forderung des Gesellschafters gegen ihren Gläubiger aufrechnen kann, die ihr nicht cedirt, oder deren Aufrechnung der Gesellschafter nicht bewilligt. RG. 11 S. 114. OHG. 9 S. 16, 429, RG. 24 S. 156, 10 S. 47, 31 S. 81, 87; 41 S. 25, 27. Wenn der Gesellschafter wegen einer Gesellschaftsschuld aus seiner persönlichen Verhaftung in Anspruch genommen wird, kann er zwar mit eigener Forderung gegen die eigene Schuld aufrechnen und dadurch auch die Gesellschaftsschuld tilgen, § 422 Abs. 1 Satz 2, RG. 11 S. 114, 31 S. 81, 41 S. 25, 27. Aber auch gegen die Gesellschaftsschuld, für die er persönlich haftet,

kann er eine Forderung der Gesellschaft an den Gläubiger der Gesellschaft nicht ohne Genehmigung der Gesellschaft aufrechnen, weil diese Forderung nicht ihm zusteht, noch weniger die eines anderen Gesellschafters. § 422 Abs. 2. (Anders l. 10 D. 45, 2. OHG. 12 S. 251, 13 S. 63, 66.) Darauf beruht die Vorschrift in § 129 Abs. 3 HGB. II wie die des § 770 Abs. 2. Auch hier bewirkt aber comp. jam facta eine Einrede für den Gesellschafter, wie für den Bürgen. Dagegen kann der Privatschuldner eines Gesellschafters mit einer Forderung gegen die Gesellschaft aufrechnen, für die der Gesellschafter ja persönlich als Gesammtschuldner haftet, also sein Schuldner ist. RG. 31 S. 81, 86; 41 S. 25 (Kommanditgesellschaft; Aufrechnung gegen Privatforderung des Komplementars mit Forderung gegen die Gesellschaft).

Nach § 719 Abs. 2 BGB. kann der Schuldner der Gesellschaft nicht aufrechnen mit Forderung an einen Gesellschafter, weil der Schuldner immer nur mit Forderung an seinen Gläubiger aufrechnen kann, die Gesellschaft aber nicht Schuldner seiner Forderung an den Gesellschafter, und die Gesellschaftsforderung nicht Forderung des Gesellschafters ist. Der Art. 122 HGB. I (Art. 169), nach dem sich im Falle des Konkurses der offenen Handelsgesellschaft die persönliche solidarische Haftung des Gesellschafters in eine subsidiäre für den Ausfall verwandelte, RG. 5 S. 52, 35 S. 10, wodurch auch die Aufrechnung beeinflußt wurde, ist durch §§ 209, 212 KonkO. (n. F.) beseitigt, und im neuen HGB. gestrichen.

13. Cedirte Forderung ist eigene Forderung des Cessionars, der Cessionar kann mit ihr gegen Forderung des deb. cessus an ihn aufrechnen. Zu beachten ist dabei nur, daß cedirte Forderung erst mit dem Erwerb durch die Cession aufrechenbar wird, § 389, die Aufrechenbarkeit kein Gegenstand der Cession ist, RG. 32 S. 39. Mit einer cedirten, zur Zeit der Cession bereits verjährten Forderung kann deshalb nicht aufgerechnet werden, weil sie der Forderung des Anderen kompensabel nicht gegenüber gestanden, als vorher zum Vermögen des Cedenten gehörig aber der Wirkung der Verjährung unterlag. § 390 Satz 2. StrA. 87 S. 262.

Der Cessionar ist Gläubiger der cedirten Forderung, grundsätzlich könnte der deb. cessus deshalb mit Forderung an den Cedenten nicht aufrechnen. Aus Gründen der Billigkeit macht § 406 BGB. aber, wie §§ 313 ff. I 16 ALR., eine Ausnahme dahin, daß der deb. c. mit Forderung gegen den Cedenten aufrechnen kann, nur nicht, wenn er die Forderung erworben, als er Kenntniß von der Cession hatte, und wenn die Forderung nach dieser Kenntniß und zugleich später als die cedirte Forderung fällig geworden ist. Erst von der erlangten Kenntniß ab wird dem deb. c. gegenüber die cedirte Forderung als zum Vermögen des Cessionars gehörig, der Cessionar als Gläubiger angesehen, ähnlich wie in den §§ 720, 2019, 2111, 1472, 1497, 1546, 1549, 1524, 1554 (§§ 1270, 1275), die auf demselben Prinzip beruhen. Vgl. das Nähere zu § 406. Ist aber nur ein Theil der Forderung cedirt, so ist der Cessionar nur soweit Gläubiger und kann dem deb. c., der aufrechnet, nicht entgegenhalten, daß er gegen den nicht cedirten Theil aufzurechnen habe. RG. 42 S. 320. Vgl. auch zu § 396. Nach § 392 HGB. II (Art. 368 HGB. I) ist der Kommissionär bis zur Abtretung an den Kommittenten Gläubiger der Forderung aus dem im eigenen Namen abgeschlossenen Geschäft; der Schuldner aus diesem Geschäft rechnet deshalb gegen ihn mit eigener Forderung auf, wie jeder Schuldner, nicht mit Forderung gegen den Kommittenten. Die Kenntniß von der Cession an den Kommittenten wirkt so wie bei jeder Cession. RG. 32 S. 39.

Dem Cessionar ähnlich stellt § 392, wie die Preuß. AGO. I 29 §§ 84, 85, den Pfändungspfandgläubiger, CPO. §§ 829, 930, 936, auch wenn ihm die Forderung nicht an Zahlungsstatt, sondern nur zur Einziehung überwiesen ist, weil er auch in letztrem Fall die Forderung seines Schuldners an den Dritten aus eigenem Recht geltend macht, der Schuldner sie nicht einziehen, der Drittschuldner sie nicht zahlen kann. Der Drittschuldner rechnet deshalb gegen ihn mit eigner Forderung an ihn auf, auch mit Forderung an den Erstschuldner, seinen ursprünglichen Gläubiger, aber auch hier nur dann, wenn er die Forderung nicht erst nach der Beschlagnahme, CPO. § 829, erworben hat oder die Forderung nicht erst nach der Beschlagnahme und später als die beschlagnahmte Forderung fällig geworden ist. Er rechnet also auf mit Forderung, die vor der Beschlagnahme erworben und die vorher oder doch vor der beschlagnahmten Forderung fällig war. Die Unzulässigkeit der Aufrechnung hat, soweit es erforderlich, der Pfändungspfandgläubiger zu beweisen. Ist sie unzulässig, so ist sie ihm gegenüber wirkungslos, der Drittschuldner zahlt an ihn, und macht seine nicht getilgte Forderung an den Erstschuldner gegen diesen geltend. Ist die Forderung an Zahlungsstatt überwiesen, so steht der Assignatar wie der Cessionar. Vgl. den lehrreichen Fall in RG. 5 S. 307. Der Drittschuldner kann wie der deb. c. immer nur mit Forderung gegen den Cedenten (Erstgläubiger) aufrechnen, wenn der Cessionar (Assignatar) die cedirte, überwiesene Forderung geltend macht, nicht, wenn er eigene Forderung aus selbständigem Fundament geltend macht. In RG. 5 S. 307 machte der Assignatar der Hypothek, die bei der Kaufgelderbelegung übersehen war, sodaß ein Unberechtigter zur Hebung gelangt war, die cond. sine causa gegen diesen geltend. Dieser konnte deshalb nicht aufrechnen mit Forderung gegen den ursprünglichen persönlichen Schuldner der Hypothek.

Einen Fall der Beschlagnahme regelt § 1123 bei dem Hypothekengläubiger und für die ihm haftenden Mieths- und Pachtzinsen.

Auf dem Prinzip der §§ 406, 392 beruht auch der oben bereits erwähnte § 575 über die Aufrechnung und die Ausschließung der Aufrechnung seitens des Miethers (Pächters) mit Forderungen an den Vermiether gegen Mieths- und Pachtzinsforderung des späteren Erwerbers des Grundstücks, ferner § 2019 Abs. 2, § 2041 Satz 2, § 2111.

14. Kann nach § 387 der Schuldner nur gegen seinen Gläubiger aufrechnen, so versteht sich von selbst, was ALR. I 16 §§ 330—335 ausdrücklich vorschreibt: daß gegen den, der fremde Forderung als Bevollmächtigter fordert, nicht mit Forderung an ihn selbst aufgerechnet werden kann, ebenso nicht gegen den Vormund, der Forderungen des Mündels fordert, mit Forderungen an den Vormund, noch weniger gegen Privatforderungen des Bevollmächtigten, des Vormundes mit Forderungen an den Machtgeber oder Mündel, daß aber für die Aufrechnung gegen Machtgeber, Mündel gleichgültig ist, ob die Gegenforderung aus einem Geschäft mit einem anderen Vormund oder Bevollmächtigten entstanden ist, als dem, aus dessen Geschäft die Forderung entstanden ist. Von selbst versteht sich auch, daß der Bevollmächtigte oder gesetzliche Vertreter eigene Schuld nicht durch Aufrechnung mit Forderung des Vertretenen tilgen, der Inkassomandatar oder sol. c. adjectus nicht Befriedigung des Gläubigers durch Aufrechnung mit eigner Schuld gestatten kann, da der Bevollmächtigte nie befugt ist, seine Vertretungsmacht zu eigenem Nutzen zu gebrauchen, RG. 24 S. 220, 28 S. 288, an ihn für den Vertretenen deshalb nicht dadurch geleistet werden kann, daß er eine persönliche Schuld aufrechnet. RG. 46 S. 209, Bolze 12 Nr. 251.

(Der Vertreter einer Versicherungsgesellschaft kann nicht Aufrechnung eigner Schuld an den Versicherten gegen dessen Prämienschuld zulassen.) Aus demselben Grundsatz des § 387 folgt, was bereits zu §§ 328ff. oben S. 213 hervorgehoben, daß, wenn bei Vertrag über Leistung an einen Dritten der Dritte unmittelbar Gläubiger geworden, der Schuldner (Promittent) gegen die Forderung des Dritten nicht mit Forderung an den Promissar aufrechnen kann. § 334. Darauf beruht der Satz des Art. 895 HGB. I, § 890 HGB. II über die Unzulässigkeit der Aufrechnung mit Forderungen gegen den Versicherungsnehmer bei Versicherung für fremde Rechnung. Ebenso § 370 I 16 ALR., daß ein Käufer, der das Kaufgeld zur Bezahlung von Schulden des Verkäufers zu verwenden versprochen, gegen diese Gläubiger nicht aufrechnen kann mit Forderung an den Verkäufer. Vgl. § 417 Abs. 1 Satz 2. Ferner, daß der Pächter, der seinem Verpächter Kaution bestellt hat, gegen die Pachtzinsforderung des spätern Erwerbers (Erstehers) des Pachtgrundstücks nicht mit der Forderung auf Rückzahlung der Pachtkaution aufrechnen kann, wenn der Erwerber sie nicht ausgehändigt erhalten oder die Rückzahlung übernommen hat. BGB. §§ 575, 572 Satz 2. RG. 31 S. 250.

Spezialbestimmungen besonderer Natur geben HGB. II § 469 (HGB. I Art. 429) und Art. 28 des Intern. Uebereinkommens v. 14. October 1890 betreffend die Aufrechnung bei Frachtverträgen mit Beförderung durch mehrere Bahnen.

15. Der Ehemann ist nach BGB. bei getrennten Gütern wie bei dem gesetzlichen Güterstande nicht Gläubiger der der Ehefrau zustehenden oder zum Eingebrachten gehörenden Forderungen und kann mit solchen deshalb auch nicht eigene Schuld tilgen, so wenig der Nießbraucher einer Forderung durch Aufrechnung der Forderung gegen eigene Schuld über die Forderung verfügen kann. §§ 1074, 1282 Abs. 2. Gegen solche Forderung kann der Schuldner mit Forderung an den Ehemann nicht aufrechnen. Aber Schulden des eingebrachten Vermögens kann der Ehemann durch Aufrechnung mit Forderungen des eingebrachten Vermögens auch ohne Zustimmung der Frau tilgen. § 1376 Nr. 2 (§§ 1525, 1550). Soweit der Ehemann als Nutznießer gleich dem Nießbraucher selbst Gläubiger ist, kann er natürlich aufrechnen und kann gegen ihn aufgerechnet werden. Für den Vater als Nutznießer des Kindesvermögens, §§ 1649, 1652 BGB., gilt dasselbe. Für ALR. ist in StrA. 36 S. 55 angenommen, daß der Vater gegen Kapitalzinsschuld des Kindes mit eigener Forderung aufrechnen könne. Die Fälle, die in ALR. I 16 §§ 336—341 behandelt, gestalten sich nach BGB. zum Theil anders. Dem Ehemann können bei gesetzlichem Güterstand gegen eigene Forderung Schulden der Ehefrau nicht aufgerechnet werden; gegen Forderungen des eingebrachten Vermögens können Schulden des eingebrachten Vermögens aufgerechnet werden, nicht eigene Schuld des Mannes, für die das Eingebrachte nicht haftet. BGB. §§ 1412—1414. § 336 a. a. O. Gegen Schulden der Ehefrau kann er eigene Forderung nicht aufrechnen, da er nicht der Schuldner und der Gläubiger nicht sein Gläubiger. § 337 a. a. O. Gegen eigene Schuld kann der Mann mit Forderungen, deren Gläubiger er als Nutznießer ist, aufrechnen, § 338 a. a. O., aber nicht mit Forderungen seiner Ehefrau, deren Gläubiger er nicht ist, wenn die Ehefrau sie ihm nicht abtritt; §§ 339, 341 a. a. O.

Bei Gütergemeinschaft kann nach I 16 § 340 wie nach BGB. § 1442 Abs. 2 (§§ 1471, 1478, 1497, 1519, 1549) gegen Forderung des Gesammtguts nur mit Schuld des Gesammtguts aufgerechnet werden, nicht mit persönlicher Forderung gegen

einen der Ehegatten, für die das Gesammtgut nicht haftet, weil nach dem Prinzip der gesammten Hand der einzelne Ehegatte nicht Gläubiger der Forderung des Gesammtguts ist. Vgl. für das frühere Recht OHG. 14 S. 5, 24 S. 156. RG. 10 S. 47. Auch aus Bereicherung haftet das Gesammtgut, darum kann mit Forderung aus solcher Bereicherung gegen Forderung des Gesammtguts aufgerechnet werden, selbst wenn die Bereicherung durch eine Handlung des Ehemannes eingetreten ist, aus der das Gesammtgut nicht haftbar gemacht werden kann. ObTr. 41 S. 196, 61 S. 149 75 S. 286. RG. 23 S. 276.

16. Erbe. Erbschaft. Nachlaß. Nach § 2040 Abs. 2 BGB. kann der Schuldner einer Nachlaßforderung, wenn mehrere Erben vorhanden, bis zur Auseinandersetzung gegen die Forderung mit einer Forderung an einen einzelnen Miterben nicht aufrechnen, weil die gesammte Hand der Erben ihm nicht schuldet. ALR. I 16 § 308 ließ die Aufrechnung nach Verhältniß des Erbantheils des schuldenden Miterben zu. ObTr. 22 S. 151 (StrA. 4 S. 190), wo die Erben von dem Ersteher des in nothwendiger Subhastation verkauften Nachlaßgrundstückes das Kaufgeld forderten und der Ersteher mit einer Forderung an einen der Miterben aufrechnen wollte, der ihm einen Theil des Grundstücks früher verkauft und den Kaufpreis gezahlt erhalten hatte. So war die Aufrechnung nach ALR. unzulässig, wie sie nach BGB. überhaupt unzulässig ist. Die Aufrechnung gegen Forderung eines Nachlaßgläubigers mit eigner Forderung eines Miterben bestimmt sich nach §§ 2058 ff., ebenso wie die Aufrechnung des Miterben gegen Forderung eines Nachlaßgläubigers mit eigner Forderung.

Der Erbe, der alleiniger Erbe ist, ist Gläubiger der ererbten Nachlaßforderung wie einer eigenen Forderung und Schuldner der Nachlaßschuld wie einer eigenen Schuld. Deshalb kann seine ererbte Forderung mit eigner Schuld, und seine eigne, nicht ererbte Forderung mit Schuld des Nachlasses aufgerechnet werden. §§ 1975 ff. Dies kann zu unbilligem Ergebniß führen, wenn die resolutiv bedingte unbeschränkte Haftung des Erben für Nachlaßschuld durch Einleitung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses fortfällt, nur noch der Nachlaß haftet. Vertragsmäßig erfolgte Aufrechnung kann dadurch nicht berührt werden, wenn nicht anders stipulirt. Aber die gesetzliche Aufrechnung wird dadurch nach § 1977 resolvirt wie die Haftung selbst, wenn ein Nachlaßgläubiger mit seiner Forderung gegen Forderung des Erben oder der Nachlaßschuldner mit Forderung gegen den Erben, die nicht Nachlaßschuld, aufgerechnet hat, nicht wenn der Erbe selbst mit eigner Forderung gegen Nachlaßschuld aufgerechnet hat. Vgl. darüber zu §§ 1977, 1978, 2013. Vgl. § 312 I 16 ALR.

Selbstverständlich ist nach BGB., was ALR. I 16 §§ 309, 310, 311 bestimmten, daß der Erbschaftsschuldner mit seiner Forderung an den einzelnen Erben aufrechnen kann, an den er das Ganze zu zahlen berechtigt ist, nicht mit der Forderung an einen Miterben, wenn bei der Auseinandersetzung einem anderen Miterben die ganze Nachlaßforderung überwiesen ist, und daß der Erbschaftsgläubiger mit seiner Forderung an den Nachlaß gegen Privatforderung eines einzelnen Erben soweit aufrechnen kann, als er von diesem Befriedigung wegen seiner Forderung an den Nachlaß fordern kann.

17. Gleichartige Forderungen. ALR. I 16 §§ 343—345. Die gegenseitigen Forderungen müssen nach § 387 ihrem Gegenstande nach gleichartig sein,

weil ohnedies kein Theil in dem, was er schuldet und behält, Befriedigung für das erhält, was er zu fordern hat. Der Leistungsinhalt muß gleichartig sein. So ist die in § 387 als Gleichartigkeit des Gegenstands formulirte Voraussetzung aufzufassen. RG. 52 S. 303, 306. Oben ist bereits darauf hingewiesen, daß Forderungen auf eine species nie gleichartig sind. Dingliche Ansprüche haben regelmäßig eine Sache oder Handlung als species zum Gegenstande. Auf die Gleichheit des Schuldgrundes kommt grundsätzlich nichts an. Nach § 391 Abs. 1 soll regelmäßig durch die Verschiedenheit des Leistungs- oder Ablieferungsortes die Gleichartigkeit des Inhalts der beiderseitigen Leistungen nicht aufgehoben, die Aufrechnung nicht ausgeschlossen, nur gegen den, der aufrechnet, nicht für ihn, ein Anspruch auf das Interesse begründet werden, das für den anderen Theil daraus entsteht, daß er an dem bestimmten Orte seine Leistung nicht bewirken, die Leistung des anderen nicht erhalten kann. Nach § 291 Abs. 2 soll dagegen die Vermuthung für die Ausschließung der Aufrechnung sprechen, wenn vertragsmäßig die eine Leistung zu bestimmter Zeit an bestimmtem Ort zu erfolgen hat, für die andere Leistung ein anderer Leistungsort besteht. Wenn A verpflichtet, dem B für einen Winteraufenthalt in Rom eine Summe in Rom anzuweisen, oder nach Rom zur Rückreise zu senden, — Beispiel von Lehmann-Enneccerus Bd. 1 § 215 unter II 4 — so erhält B keine Befriedigung, wenn A mit einer Forderung aufrechnet, die B in Berlin an ihn zu zahlen hat. Es ist dies nur einer der unter Anm. 4 erwähnten Fälle, wo die Aufrechnung als durch den Vertrag stillschweigend ausgeschlossen zu gelten hat.

Derselbe Gesichtspunkt wird in ähnlichen Fällen zu verwenden sein, wo bei gleichartigem Gegenstande Grund, Zweck, Bestimmung der Leistung den Inhalt der Leistung als verschiedenartig erscheinen lassen. Wenn A dem B Darlehn zu bestimmter Zeit verspricht, kann er gegen den Anspruch auf Gewährung des Darlehns mit einer Geldforderung an B nicht aufrechnen, mag diese Forderung zur Zeit des Vertragsschlusses schon bestanden haben oder später entstanden sein, weil der B durch die Aufrechnung kein Geld erhält, ihm mit der Aufrechnung nach dem Vertragszweck nicht gedient ist. Der Anspruch auf Leistung zur Erfüllung ist nicht gleichartig dem Anspruch auf Leistung zur Begründung eines Schuldverhältnisses. Der Wechselschuldner kann seine Schuld aus dem Wechsel nicht mit einem Anspruch gegen den Wechselinhaber auf Hergabe eines Darlehns tilgen. Dadurch würde der Wechselinhaber keine Befriedigung für seinen Anspruch aus der Hingabe des Darlehns erhalten. Vgl. RG. 52 S. 303, 306. Auf demselben Gesichtspunkt beruht der unter Anm. 4 erwähnte, schon in ObTr. 49 S. 380, RE. 3 Nr. 265 Erk. c, wenn auch mit anderer Begründung, ferner in RG. 6 S. 98, 18 S. 1, 14; 19 S. 124 ausgesprochene Rechtssatz des § 221 HGB. II (Art. 184 c, 219 HGB. I in der Fassung des Ges. v. 18. Juni 1884), daß der Aktionär gegen die statutenmäßigen Forderungen der Aktiengesellschaft auf Einzahlung zum Aktienkapital mit Forderungen gegen die Aktiengesellschaft nicht aufrechnen darf. Dem würde auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift der wirthschaftliche Zweck und die Bestimmung der vom Aktionär gezeichneten Beträge entgegenstehen.

Aus gleichem Grunde ist gesetzlich für unzulässig erklärt die Aufrechnung in § 22 des Genossenschaftsges., in § 19 Abs. 2 des Ges. über die Ges. m. b. H., in § 26 des Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 bei Ver-

sicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit. Ebenso schon RG. 11 S. 179 für den letzteren Fall. Vergl. oben S. 332 über Aufrechnung durch Vertrag.

Auch bei der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wird dem Gesellschafter die Aufrechnung gegen Forderungen der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvertrage an den Gesellschafter zu Gesellschaftszwecken mit Forderung auf die vertragsmäßigen Entnahmen zu persönlichen Bedürfnissen grundsätzlich wegen der Ungleichartigkeit der beiderseitigen Ansprüche zu versagen sein. Ungleichartig ist die Forderung des Verkäufers auf Zahlung von Kaufpreis und die Forderung des Käufers auf Liberation des erkauften Grundstücks von nicht übernommener Hypothek oder Reallast. ObTr. 56 S. 139 (StrA. 61 S. 318), StrA. 34 S. 60. RG. 29 S. 206 (zu § 406).

Gegen Forderung, für die Pfand bestellt, kann natürlich mit gleichartiger Forderung aufgerechnet und in Folge der Tilgung der Pfandforderung Rückgabe des Pfandes gefordert werden. Ist die Forderung, mit der aufgerechnet wird, durch Pfand gesichert, so wird dadurch Ungleichartigkeit im Sinne des § 387 nicht begründet. Nach § 777 CPO. kann der Schuldner solcher Forderung der Zwangsvollstreckung in sein anderes Vermögen widersprechen, soweit die Pfandforderung gedeckt ist. Aber die Aufrechnung ist nicht Zwangsvollstreckung, § 777 CPO. deshalb so wenig anwendbar, wie § 46 I 20 ALR., der dem Pfandschuldner das benef. ordinis in der Zwangsvollstreckung gab, der Aufrechnung für entgegenstehend erachtet worden ist. OHG. 24 S. 406. In dem gemeinrechtlichen Falle RG. 12 S. 154 klagte der Miethner gegen den Vermiether auf Schadensersatz, der Vermiether rechnete Miethzinsforderung auf, wegen deren er sein Retentionsrecht ausgeübt hatte. Der Miether widersprach der Aufrechnung, weil der Vermiether die retinirten Sachen restituiren müsse. Das konnte die Wirkung der erklärten Aufrechnung nicht hindern, die Aufrechnung konnte nur zur Folge haben, daß der beklagte Vermiether wegen seiner Miethzinsforderung befriedigt war und die retinirten Sachen restituiren mußte.

Daß die beiden Forderungen von Anfang an gleichartig, ist nicht erforderlich; verwandelt sich die Forderung auf Liberation, Exneuation, die Forderung auf Herausgabe einer Sache, ein dinglicher Anspruch anderer Art in eine Forderung auf das Interesse, auf Ersatz, so tritt mit dieser Umwandlung, aber auch nicht eher, RG. 29 S. 206 zu § 406, die Aufrechenbarkeit im Sinne § 389 ein. SBGB. § 989. So StrA. 62 S. 324, OHG. 7 S. 82. In ersterem Falle wurde gegen Kaufpreisforderung mit Forderung auf Rückzahlung eines in Pfandbriefen gegebenen Darlehns aufgerechnet, das nicht zurückgegeben war und nach dem Kurse am Verfalltage zurückzuzahlen war; in letzterem Falle wurde gegen Forderung von Druckkosten mit dem Ersatz für Papier aufgerechnet, das der Drucker zum Druck erhalten, aber nicht voll verbraucht und nicht zurückgegeben hatte, soweit es nicht verbraucht. Gegen Forderungen, deren Befriedigung nur aus einer Sache zu verlangen, wie Zahlung der Hypothek von dem nur dinglich verpflichteten Eigenthümer, § 1113, kann der Eigenthümer mit persönlicher Geldforderung aufrechnen, weil der Gläubiger dadurch erhält, was er zu fordern hat, aber gegen eine persönliche Forderung des nur dinglich verpflichteten Eigenthümers kann der Hypothekengläubiger nicht mit seiner Hypothek aufrechnen, für die er nur aus dem Grundstück Befriedigung fordern kann. Vgl. zu § 1137.

18. Gültige und klagbare Forderung. Da die Aufrechnung wie durch Befriedigung wirken, die Leistung beider gegenseitiger Forderungen ersetzen soll, ist

nach BGB. wie nach bisherigem Recht nothwendige Voraussetzung der Aufrechnung, daß der, der aufrechnet, zur Zeit der Aufrechnung eine Forderung hat, deren Befriedigung durch Leistung er fordern kann, und den, gegen den er aufrechnet, wegen dessen Forderung an ihn zur Zeit der Aufrechnung zu befriedigen berechtigt ist. § 387. ALR. I 16 §§ 342, 343. SBGB. § 990. l. 7 pr. l. 14 D. 16, 21. Damit hängt § 390 Satz 1 zusammen, daß mit einer Forderung nicht aufgerechnet werden kann, der eine Einrede entgegensteht. Die Vorschrift in § 390 Satz 2 bezüglich verjährter Forderung ist besonderer Natur.

Die Forderung, mit der aufgerechnet wird, muß zur Zeit der Aufrechnung gültig bestehen, klagbar sein, fällig sein, weil ohnedies ihre Leistung nicht gefordert werden kann. Daß sie bereits eingeklagt, steht der Aufrechnung nicht entgegen; die Einrede der Rechtshängigkeit ist keine Einrede, die den Schuldner berechtigt, die Befriedigung zu verweigern. l. 8 D. 16, 2. Die Aufrechnung, so lange sie streitig, hindert auch die Einklagung der zur Aufrechnung gestellten Forderung nicht. RG. 16 S. 356, 375. Aufrechnen kann, wer Befriedigung verlangen kann. Alles, was der Schuldner der Forderung dem Anspruch auf Befriedigung entgegensetzen kann — alle dilatorischen und peremtorischen Einreden, — steht auch der Aufrechnung entgegen. § 202 Abs. 2. Deshalb kann nicht aufgerechnet werden mit nicht bestehender, nichtiger, rechtkräftig abgesprochener, mit nicht fälliger, suspensiv bedingter, betagter Forderung, nicht mit Forderung, die nicht klagbar, nur freiwillig erfüllbar, nicht mit einer Forderung, wenn der Schuldner sie hinterlegt hat, auch ohne auf die Rücknahme zu verzichten, da dem Aufrechnenden die Einrede aus § 379 Abs. 1 entgegensteht, nicht mit beschlagnahmter Forderung, § 392, da dem Gläubiger nicht die Disposition zusteht, der Schuldner ihn nicht zu befriedigen hat. Nicht aufgerechnet werden kann ferner mit einer Forderung, der die exc. ordinis oder excuss. oder die Einrede aus §§ 2014, 2145 Abs. 2, 2187 u. a. entgegensteht, oder aus §§ 478, 490, 821, 853. Nach § 130 des Preuß. Berggesetzes kann der Gewerke Verurtheilung und Exekution wegen Zubußen dadurch abwenden, daß er seine Kuxe aufgiebt und der Gewerkschaft zur Befriedigung überliefert. Deshalb konnte in RG. 29 S. 281 die Gewerkschaft gegen Forderung des Gewerken an sie für geliefertes Bauholz nicht mit der Forderung an den Gewerken auf Zubußen aufrechnen, nachdem der Gewerke ihr die Kuxscheine zur Disposition gestellt hatte. Darum kann, wie bereits unter 17. bemerkt, der Hypothekengläubiger gegen persönliche Forderung des nur dinglich verpflichteten Eigenthümers nicht mit seiner Hypothekenforderung auf Befriedigung aus dem Grundstücke aufrechnen.

Die Forderung muß klagbar, erzwingbar sein, RG. 47 S. 330 (Stempelforderung des Fiskus), weil die einseitige, gesetzliche Aufrechnung wider den Willen des Schuldners wirkt, deshalb unstatthaft ist, wo das Gesetz nur freiwillige Erfüllung durch ihn zuläßt. Dahin gehören die oben unter 4. bei dem Aufrechnungsvertrag erwähnten Fälle der §§ 656, 762, 764 BGB. und der §§ 66, 68 des Börsenges., ALR. I 11 § 578, Spiel, Wette, Börsentermingeschäfte, Differenzgeschäfte. RG. 1 S. 130, 35 S. 288, 38 S. 232, 238. Vgl. zu §§ 762—764 BGB. und über die vertragsmäßige Aufrechnung in solchen Fällen oben unter 4. Das BGB. kennt wie das Preuß. R. keine sog. naturalis obligatio, die gegen den Willen des Schuldners zur Aufrechnung verwendet werden könnte. Vgl. OHG. 10 S. 317 für gem. R. So kann zwar die durch Akkord erlassene Schuldquote gewiß freiwillig bezahlt, aber gegen den Willen des Schuldners

kann sie nicht zur Aufrechnung verwendet werden. RG. 42 S. 118, 120. Ueber die Ausnahme bei verjährter Forderung vgl. unter 19.

Rechtskräftig abgewiesene Forderung ist nie aufrechenbar, weil sie nicht besteht. In ObTr. 81 S. 39, RE. 3 N. 265 Erk. a, war A 1875 mit einer Forderung für an B gelieferte Ziegel rechtskräftig wegen Verjährung abgewiesen. Als B 1876 gegen A eine 1871 fällig gewesene Forderung einklagte, wollte A mit der Forderung für die Ziegel aufrechnen, weil sie 1871 noch nicht verjährt gewesen, die Aufrechnung wurde aber gegen beide Instanzen mit Recht verworfen. Durch die unterlassene Aufrechnung war die Forderung nicht verloren gegangen, aber, nachdem sie rechtskräftig abgesprochen, konnte sie nicht mehr aufgerechnet werden, da sie zur Zeit der Aufrechnung nicht bestand.

Nur mit fälliger Forderung kann aufgerechnet werden, da nur für solche Befriedigung verlangt werden kann. ALR. I 16 § 352. SBGB. § 990 Satz 1. RG. 11 S. 301. Bei Stundung aus Nachsicht ließ l. 16 § 1 D. 16, 2 und C. c. art. 1292 die Aufrechnung zu, auch ALR. I 16 §§ 356 ff. enthielt darüber Vorschriften zu Gunsten des Gläubigers. Nach BGB. kann die Auslegung dahin führen, daß durch die Stundung die Beitreibung, aber nicht die Aufrechnung ausgeschlossen sein sollte. Dagegen kann aufgerechnet werden mit resolutiv bedingter und mit anfechtbarer Forderung. Die resolutiv bedingte wie die anfechtbare Forderung besteht und ist zu befriedigen, so lange sie besteht. Tritt die Bedingung ein, so hat der, der aufgerechnet hat, die Befriedigung, die er erhalten hat, wieder herauszugeben. § 812 Abs. 1 Satz 2. Die Aufrechnung ist nicht wie in § 1977 als nicht erfolgt anzusehen, und § 158 Abs. 2 findet nicht Anwendung, da die Aufrechnung nicht unter auflösender Bedingung vorgenommen ist. Die Aufrechnung mit anfechtbarer Forderung dagegen fällt fort, wie bei Aufrechnung mit nichtiger Forderung, sobald durch die Anfechtung die Forderung beseitigt ist, wie die Aufrechnung mit nichtiger Forderung, da sie nach § 142 Abs. 1 als von Anfang an nichtig anzusehen ist. In der Aufrechnung mit einer nach Kündigung fälligen Forderung ist die Kündigung enthalten und die Aufrechnung tritt mit dem Ablauf der Kündigungsfrist ein. RG. 17 S. 148. StrA. 6 S. 332.

19. Mit Forderung, die zur Zeit der Aufrechnungserklärung verjährt, müßte nach § 390 Satz 1 nicht aufgerechnet werden können, weil nach § 222 Abs. 1 der Schuldner die Leistung verweigern, der Gläubiger sie nicht fordern kann. Indessen ließ schon ALR. I 16 § 377 in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Praxis, vgl. RG. 42 S. 138, 141, die Aufrechnung mit verjährter Forderung zu, wenn sie noch nicht verjährt war, als die Forderung des Anderen fällig war, schloß sie nur aus, wenn sie bereits verjährt war, als der Andere Befriedigung fordern konnte. Ob die Forderung zur Zeit der Einklagung der Forderung des Anderen verjährt war, entschied so wenig wie daß sie zur Zeit der Entstehung dieser Forderung noch nicht verjährt war. RG. 1 S. 126, 127, 12 S. 254. StrA. 87 S. 262 (in den Gründen). Der Art. 911 HGB. I, der in HGB. II gestrichen, ließ Aufrechnung mit verjährten Forderungen aus Art. 906—911 nicht zu, wenn sie zur Zeit der Entstehung der anderen Forderung, gegen die aufgerechnet werden sollte, bereits verjährt waren.

Nach § 390 Satz 2 ist die Aufrechnung mit verjährter Forderung zulässig, wenn die Forderung noch nicht verjährt war, als sie zuerst gegen die andere Forderung

aufgerechnet werden konnte. D. h. es kommt nicht auf die Zeit der Einklagung der Forderung an, der die Aufrechnung entgegengesetzt wird, auch nicht auf die Zeit der Aufrechnungserklärung, sondern darauf, ob zu irgend einem Zeitpunkt vor der Verjährung die jetzt verjährte Forderung aufrechenbar war. Der Satz, daß die Aufrechnungserklärung an keine Frist gebunden, § 389, erhält hier zur Verminderung der nachtheiligen Wirkungen, besonders der kurzen Verjährungsfristen, eine gesteigerte Bedeutung. Unzulässig ist auch nach BGB. die Aufrechnung mit verjährter Forderung, die bereits verjährt war, als die andere Forderung fällig war, befriedigt werden durfte, § 387. Auch für das BGB. bleibt bestehen, daß verjährte Forderung nicht aufgerechnet werden kann, nachdem sie wegen Verjährung rechtskräftig abgewiesen, ObTr. 81 S. 37, oben S. 343, und daß der, dem verjährte Forderung cedirt ist, diese Forderung nicht deshalb zur Aufrechnung verwenden kann, weil sie in den Händen des Cedenten hätte aufgerechnet werden können; der Cessionar kann nur mit seiner Forderung aufrechnen und rechnet mit einem Nichts auf, wenn sie bereits verjährt in seine Hände kam. StrA. 87 S. 262, oben S. 343.

Spezialvorschriften über Aufrechnung mit verjährter Forderung enthalten die §§ 479, 490 BGB. und § 414 Abs. 3 HGB. II. Vgl. zu §§ 479, 490 BGB.

20. Die Forderung, mit der aufgerechnet wird, muß zur Zeit der Aufrechnungserklärung aufrechenbar sein, soweit das Gesetz nicht positive Ausnahmen macht, wie in § 390 Satz 2, § 392, § 406, § 575 und sonst. Ohne die Voraussetzungen der Aufrechnung ist die Aufrechnung wirkungslos, § 390 Satz 1, namentlich die Aufrechnung mit nicht bestehender, unklagbarer Forderung. Der Gläubiger, gegen den solche Aufrechnung erklärt wird, erhält dadurch keine Befriedigung, sondern ein Nichts. Vgl. Kohler, Arch. f. b. R. Bd. 21 S. 171. Oertmann im „Recht" 1901 S. 447. ObTr. 57 S. 120 oben unter 4. Die Bedeutung der res judicata bei Aufrechnung im Prozeß bleibt daneben natürlich unberührt.

Die Forderung, gegen welche aufgerechnet wird, muß zur Zeit der Aufrechnungserklärung befriedigt werden können; der, der aufrechnet, muß „die ihm obliegende Leistung bewirken können". § 387. Nach § 271 Abs. 2 kann der Schuldner im Zweifel vor Ablauf der bestimmten Zeit leisten; dies pro reo. Der Schuldner muß resolutiv bedingte und kann suspensiv bedingte Forderung befriedigen; er kann unklagbare Forderung, die erfüllbar, freiwillig befriedigen. Gegen Forderungen dieser Art kann deshalb auch einseitig, wie vertragsmäßig aufgerechnet werden.

Nach § 222 Abs. 2, § 813 Abs. 1 Satz 2 kann das zur Befriedigung verjährter Forderung selbst irrthümlich Geleistete nicht zurückgefordert werden. Deshalb kann gegen verjährte Forderung auch einseitig, wie vertragsmäßig aufgerechnet werden, und die Aufrechnung ist wirksam, auch wenn der Aufrechnende die Verjährung nicht wußte. Der § 300 Satz 1 sagt, daß mit einer Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann, nicht, daß gegen eine solche Forderung nicht aufgerechnet werden kann. Aber § 387 setzt voraus, daß die Forderung, gegen welche aufgerechnet wird, existirt, und zwar für den, gegen den aufgerechnet wird, und daß dieser zugleich Schuldner der Forderung ist, mit der aufgerechnet wird. Kann gegen den Nichtgläubiger bestehende Forderung (eines Anderen) nicht aufgerechnet werden, so kann auch gegen eine nicht bestehende Forderung, für

die es keinen Gläubiger giebt, nicht aufgerechnet werden, d. h. die Aufrechnungserklärung ist wirkungslos und die aufgerechnete Forderung wird geltend gemacht, als ob nicht aufgerechnet wäre. Der Schuldner kann sich auf die Aufrechnungserklärung berufen, der Kläger aber repliciren, daß die Forderung, gegen die er aufgerechnet hat, nicht bestand. Das hat er zu beweisen. Führt er den Beweis, so kann der Schuldner die Verurtheilung nur durch den Beweis abwenden, daß der Kläger bei der Aufrechnungserklärung gewußt hat, daß die Forderung nicht bestand, gegen die er aufgerechnet hat, d. h. daß einseitiger Erlaß vorliegt und angenommen ist. Die Grundsätze von der cond. indeb., § 814, sind unanwendbar, weil nichts geleistet ist. Wirkt die Aufrechnung, daß der Gläubiger, der aufrechnet, sich aus dem, was er schuldet, befriedigt und sich zugleich von seiner Schuld befreit, so ist die Aufrechnung gegen nicht bestehende Forderung ein inhaltsleerer Akt wie die mit nicht bestehender Forderung. Vgl. Oertmann im „Recht" 1901 S. 447.

21. Liquidität oder Liquidibilität der Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, stellt das BGB., abweichend von C. c. Art. 1291, RG. 12 S. 322, nicht als Voraussetzung der Aufrechnung auf. In ALR. I 16 §§ 359 ff. wurde zwar ausgesprochen, daß, wenn die Forderung des Einen eingeräumt oder sonst sogleich klar, die andere noch bestritten und nicht sofort liquide zu machen, der Schuldner der liquiden Forderung zahlen müsse und nur unter den allgemeinen Voraussetzungen zu Deposition verstattet werden könne. Dabei bestimmte § 361 aber ausdrücklich, daß „wegen des Zeitpunktes, wo die Kompensation geschehen und also die Forderung des Anderen erloschen", die Vorschrift des § 301 Anwendung finde, d. h. Forderung und Schuld mit dem Zeitpunkt für erloschen geachtet werden, in welchem sie kompensabel einander gegenüber getreten. Danach hatte die Liquidität wie nach l. 14 § 1 C. 4, 32, RG. 15 S. 376, nur prozessuale Bedeutung; die klagende Partei sollte in der Erreichung des Judikats und seiner Vollstreckung durch Geltendmachung weitaussehender Gegenforderungen nicht aufgehalten werden, aber die materielle Wirkung nachträglich begründeter Aufrechnung wurde dadurch nicht berührt. ObTr. 46 S. 112. RG. 27 S. 296. Es war keine Verletzung materiellen Rechts, wenn über illiquide Gegenforderung verhandelt, Beweis erhoben und entschieden wurde, obgleich die Liquidirung nicht hätte zugelassen und über die Klageforderung sofort hätte entschieden werden sollen. OHG. 15 S. 225.

Bei Forderung und Gegenforderung aus demselben Geschäft oder wo sonst beide in solchem Verhältniß stehen, daß durch die Geltendmachung der Gegenforderung in Wahrheit die Existenz der Forderung bestritten, das schließliche Ergebniß des Geschäfts anders dargestellt wird, als die Klage es mit der Klageforderung darstellt, wurde von dem Erforderniß der Liquidität überhaupt abgesehen. So in ObTr. 46 S. 112 (StrA. 45 S. 13), wo der Pächter sich im Pachtvertrage sofortiger Exmission bei Verzug mit Zahlung einer Pachtrate unterworfen, eine Rate nicht gezahlt hatte, der Klage auf Exmission aber entgegensetzte, daß er wegen vertragswidriger Nichtgewähr von Gutserzeugnissen eine höhere Gegenforderung habe, wegen der er bereits Klage erhoben. Die Instanzen erkannten auf Exmission, weil die Gegenforderung nicht liquide; das ObTr. vernichtete, weil das Vorbringen der comp. hier nichts bedeute, als die Vertheidigung, daß der Pächter keine Pacht schuldig geworden. Ebenso in StrA. 33 S. 132 (Rückforderung gezahlten Angeldes nach Auflösung des Kaufvertrages,

Gegenforderung auf Schadensersatz aus der Auflösung), StrA. 45 S. 304 (Forderung aus Geschäft, Gegenforderung auf Rückgabe der für das Geschäft bestellten Kaution), StrA. 52 S. 168 (Forderung des Kaufpreises, Gegenforderung wegen fehlenden Quantums).

Inzwischen ist durch die CPO. schon vor dem BGB. und durch die Novelle zu derselben die prozessuale Behandlung der Aufrechnung wesentlich von dem Standpunkte der durch sie nach § 14 EG. z. CPO., RG. 12 S. 254, 15 S. 376 beseitigten §§ 359 ff. I 16 ALR. aus und so geregelt, daß dem BGB. entsprechend die Liquidität als prozessuale Voraussetzung behandelt, das materielle Recht der Aufrechnung aufrecht erhalten wird. Nach § 145 Abs. 3 CPO. (a. F. § 136 Abs. 2) kann das Gericht, wenn der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend macht, die mit der Klageforderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, anordnen, daß über die Klage und über die Aufrechnung getrennt verhandelt werde. In diesem Falle wie in dem in § 302 CPO. n. F. (§ 274 a. F.) behandelten Falle, wo ohne vorherige Trennung der Verhandlung über Forderung und Gegenforderung nur die Verhandlung über die Forderung zur Entscheidung reif ist, kann nach § 302 Abs. 1 die Entscheidung über die Klageforderung unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung erfolgen. Der Vorbehalt muß in der Urtheilsformel oder durch nachträgliche Entscheidung, § 321 CPO. (§ 292 a. F.), ausgesprochen werden. § 302 Abs. 2. RG. 47 S. 364. Dies Urtheil unter Vorbehalt ist vollstreckbares Endurtheil. § 302 Abs. 3. Die judikatmäßige Feststellung und Vollstreckbarkeit soll durch Vorbringen illiquider, verzögerlicher Aufrechnung nicht aufgehalten werden, wenn Forderung und Gegenforderung nicht in rechtlichem Zusammenhange stehen. Der Rechtsstreit über die Aufrechnung bleibt anhängig; wird die Gegenforderung festgestellt und ergiebt sich danach, daß die Klageforderung ganz oder theilweise unbegründet war, so ist das frühere Urtheil über die Klageforderung ganz oder theilweise aufzuheben, die Klage ganz oder theilweise abzuweisen und danach über die Kosten anderweit zu entscheiden, wenn das frühere Urtheil nicht die Kostenentscheidung vorbehalten hatte. § 302 Abs. 4. Durch diese Vorschrift, mit der wie früher unvereinbar ist, daß über den Grund der Gegenforderung gemäß § 304 CPO. (§ 276 a. F.) gesondert erkannt wird, RG. 49 S. 338, — an die sich weitere Bestimmungen über Schadensersatz bei Vollstreckung des früheren Urtheils oder Leistung zur Abwendung der Vollstreckung anschließen — ist die materielle Wirkung der Aufrechnung, wie sie § 389 BGB. bestimmt, gewahrt. Zu demselben Ergebniß war nach einigem Schwanken schon die Pl.Entsch. RG. 31 S. 1 auf Grund des § 274 CPO. a. F. gelangt.

Auf der Wahrung der materiellen Wirkung der Aufrechnung beruht auch die Vorschrift in § 529 Abs. 3 CPO. (n. F.) für den Fall der Zurückweisung einer erst in der Berufungsinstanz geltend gemachten Aufrechnung; nach den in Satz 2 Abs. 3 § 529 angezogenen §§ 541, 545 CPO. führt die Zurückweisung immer nur zu einem Vorbehaltsurtheil mit der in § 302 CPO. normirten Wirkung. Ueber die Rechtskraft der Entscheidung über die Aufrechnung vgl. § 322 Abs. 2 CPO. und über Aufrechnung in der Zwangsvollstreckung § 767 CPO. Nach § 175 Abs. 3 CPO. ist es nicht mehr zweifelhaft, was RG. 27 S. 296 nach § 136 Abs. 2 CPO. a. F. annahm, daß der deb. cessus, der auf die Klage des Cessionars rechtskräftig zur Zahlung verurtheilt ist, während über die von ihm aufrechnend geltend gemachten Gegenforderungen der Cedenten getrennt verhandelt ist, die Wirkung der begründeten Aufrechnung

durch Rückforderung des auf Grund des Judikats Gezahlten gegen den Cessionar selbst dann geltend machen kann, wenn es unterlassen sein sollte, den im § 302 Abs. 1, 2 vorgeschriebenen Vorbehalt auszusprechen und gemäß § 321 CPO. nachzuholen. In allen Fällen kann das Fehlen des Vorbehalts nicht dazu führen, die Wirkung der geltend gemachten Aufrechnung zu beseitigen, wenn es auch beim Mangel des Vorbehalts im Urtheil einer besonderen Klage bedarf.

Die Aufrechnung einer Gegenforderung wird im Sinne der §§ 145, 302, 529 Abs. 3 der CPO. geltend gemacht, wenn die Aufrechnung im Prozeß erklärt wird. Berufung auf vor der Erhebung der Klage bereits geschehene einseitige oder vertragsmäßige Aufrechnung, oder auf vertragsmäßige Abrede künftiger Aufrechnung behauptet erfolgte Tilgung oder ein pact. de non petendo und kann nicht zu besonderem Verfahren und zu gesonderter Aburtheilung verwiesen werden. Dagegen kann die Aufrechnungserklärung im Prozeß nie der comp. jam facta gleichgestellt werden. Die Beschränkung der §§ 145, 302 CPO., die auch für § 529 CPO. gelten muß, auf Aufrechnung einer Gegenforderung, die mit der Klageforderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, beruht auf demselben Grunde, der die Preußische Praxis dahin führte, von dem Erforderniß der Liquidität bei Forderung und Gegenforderung aus demselben Geschäft abzusehen. Rechtlicher Zusammenhang zwischen Forderung und Gegenforderung besteht im Gegensatz zu den Fällen, in denen Forderung und Gegenforderung selbständig und unabhängig von einander bestehen, nicht bloß, wenn sie auf demselben Vertrage, sondern auch wenn sie auf demselben Rechtsverhältniß oder rechtlichem Verhältniß beruhen. Der Sinn ist wesentlich derselbe wie bei dem Zurückbehaltungsrecht in §§ 273, 279, vgl. oben S. 90 ff. Der aufrechnende Schuldner soll auch nicht unter Vorbehalt zahlen müssen, wenn es durch sein Rechtsverhältniß zum klagenden Gläubiger ausgeschlossen ist oder es unbillig erscheint, daß er auch nur vorläufig zahlt, obwohl er möglicherweise schließlich nichts schuldet. Bei selbständigen, unabhängig von einander bestehenden Forderungen trifft das nie zu, wohl aber bei Forderung und Gegenforderung aus Gesellschaft, Auftrag, neg. gestio, Leihe, Verwahrung, Miethe, Pacht und anderen gegenseitigen Verträgen. Regelmäßig wird die Sache so liegen, daß der nicht leistende Schuldner auch ohne die Erklärung der Aufrechnung nicht in Verzug geräth, weil er in Wahrheit nicht schuldet. Vgl. zu § 554.

III. Die Aufrechnungserklärung, § 388. **22.** Die Aufrechenbarkeit wird wirksam durch die Erklärung der Aufrechnung. Die Aufrechnung ist nach §§ 387 (268 Abs. 2, 1142, 1224) eine Befugniß des Schuldners, auf die er verzichten und die er durch Versäumniß nach §§ 357, 554 (581) verlieren kann; die Aufrechnungserklärung ist im Sinne des BGB. §§ 158, 159 nicht Bedingung der Tilgung der gegenseitigen Forderungen, sondern der Inhalt des Rechtsgeschäfts der Aufrechnung selbst. Wer zahlt, während er aufrechnen konnte, zahlt keine Nichtschuld, und nach § 814 kann er gewiß nicht kondiziren, wenn er wußte, daß er aufrechnen konnte, d. h. daß er eine Gegenforderung hatte. Dasselbe muß anders als nach gem. R., l. 10 § 1 D. 16, 2, l. 30 D. 12, 6, W. 2 § 349[5] und S. 441, auch gelten, wenn ohne Kenntniß der Aufrechnungsbefugniß gezahlt ist. Motive 2 S. 109, 832. Die cond. ist, da keine Nichtschuld bezahlt und der Gläubiger das, was ihm bezahlt, nicht ohne rechtlichen Grund erlangt hat, seiner Forderung im Sinne des BGB. eine Einrede nicht entgegenstand, weder aus § 812, noch aus §§ 813, 814 zu begründen.

Möglich wäre die nachträgliche Aufrechnung gegen die durch die Zahlung getilgte Forderung nur, wenn das Rechtsgeschäft der Zahlung wegen Unkenntniß der Aufrechnungsbefugniß angefochten und dadurch die getilgte Forderung wiederhergestellt werden könnte. Aber solche Anfechtung läßt sich wegen Irrthums aus §§ 119, 120 BGB. nicht begründen, nur aus § 123. Die irrthümlich unterlassene Ausübung eines Rechts präjudicirt dem Berechtigten, der nach BGB. seine Forderung durch Verjährung verliert, auch wenn er nichts von ihr weiß, und nach § 222 Abs. 2 nicht einmal zurückfordern kann, was er unwissentlich auf verjährte Forderung geleistet hat. Sein Gegner hat keinen rechtlichen Vortheil aus der Leistung, da dem Berechtigten sui crediti petitio bleibt, die freilich fortfällt, wenn die Gegenforderung inzwischen verjährt. Daß in diesem Falle der Gläubiger, der suum recepit, im Sinne des § 812 BGB. ungerechtfertigt bereichert, läßt sich nicht sagen.

Aus §§ 389, 390 läßt sich für die Frage der Folge unterlassener Aufrechnung nichts herleiten. Die Motive zu Entw. I Bd. 2 S. 108ff. wollten die cond. ausschließen und die 2. Kommission davon nicht abweichen. Die Frage ist sehr streitig. In StrA. 77 S. 154, 159 wird für ALR. die cond. nebenbei zugelassen; in RG. 10 S. 201 ebenso, aber in Wahrheit handelte es sich dabei um die crediti sui petitio. Vgl. Eccius (Förster) 1 § 94 Anm. 79, 80; Planck zu § 389 unter 3; Schollmeyer zu § 389 unter 2; Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung (1899) S. 108ff.; Crome, System Bd. 2 § 193 Anm. 2; W. 2 § 349 S. 441 unter h. Nicht ausgeschlossen ist dagegen auch nach BGB. die Rückforderung gezahlter Zinsen einer Forderung, die nachträglich durch Aufrechnung getilgt wird; in diesem Falle wird die Rückforderung aus § 389 durch den Fortfall der Forderung begründet, durch den sich die Zahlung der Zinsen als Zahlung einer wirklichen Nichtschuld erweist, die zurückgefordert werden kann, wenn nicht § 814 entgegensteht.

Der Satz wird nirgends aufgestellt, daß der Gläubiger, dem eine Forderung bezahlt ist, gegen die der Schuldner hätte aufrechnen können, die Rücknahme der Zahlung verlangen könnte, weil er nicht aufgerechnet und die Gegenforderung dadurch getilt hat, die dem Schuldner in Folge der Zahlung und der von ihm unterlassenen Aufrechnung verblieben ist.

Daß Zahlung einer durch Aufrechnung getilgten Forderung zurückgefordert werden kann, versteht sich unter der Voraussetzung der cond. indeb. von selbst. § 814.

23. Die Aufrechnungserklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, Rechtsgeschäft und unwiderruflich. §§ 130ff. Sie setzt voraus, daß, wer aufrechnet, über die Forderung verfügen kann, vgl. oben unter Nr. 8 u. ff., § 1398, § 1376 Nr. 2, der Gläubiger ist, oder dessen gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter; §§ 107, 111ff. Ob die Vollmacht auf die Aufrechnungserklärung sich erstreckt, ist konkret zu prüfen. Für Aufrechnung in neg. gestio gilt § 180 BGB. § 177. Daß der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten die Aufrechnung auf Grund der Prozeßvollmacht im Prozeß nach § 81 CPO. erklären und der Prozeßbevollmächtigte des Klägers sie in Empfang nehmen kann, ist nicht mehr streitig. RG. 48 S. 221, 50 S. 426. Vgl. Wach, Prozeßvollmacht und Einrede der Aufrechnung. Die Erklärung hat an den zu erfolgen, dessen Forderung durch die Aufrechnung beseitigt werden soll, § 406; auch er muß verfügungsfähig sein; § 131, § 1403 Abs. 2; auch hier kann die

Erklärung wirksam nur dem Gläubiger, oder nach § 406 dem Cessionar, oder seinem gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter gegenüber erfolgen. Sie ist wirksam auch dem Cessionar gegenüber, der unter der Form der Cession nur zur Einziehung ermächtigt ist, und nach § 392 auch dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber, dem die beschlagnahmte Forderung zur Einziehung überwiesen ist. Vgl. § 1282 BGB. Vorauszusetzen für die Wirksamkeit der Willenserklärung als Rechtsgeschäft ist auch hier, daß sie einen bestimmten, verständlichen Inhalt hat, erkennen läßt, was gewollt ist, ergiebt, was und wogegen aufgerechnet wird. RG. 52 S. 303, 305. Vgl. zu § 396.

24. Die Erklärung bedarf keiner Form; sie kann mündlich oder schriftlich erfolgen, das BGB. unterscheidet auch wie SBGB. § 992 nicht, ob sie außerhalb des Prozesses oder im Prozeß erfolgt, im Prozeß durch zugestellten Schriftsatz oder in der mündlichen Verhandlung; die Voraussetzungen und die Wirkung der Aufrechnung sind in beiden Fällen gleich. Es fehlt an jedem Grunde dafür, daß die im zugestellten Schriftsatz erklärte Aufrechnung wirkungslos, wenn sie nicht in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht. Das BGB. konnte einen solchen Unterschied nicht machen, weil die Aufrechnung im Prozeß erfahrungsgemäß der normale, nicht anormale Fall ist. Wollte das BGB., daß die Aufrechnung während des Prozesses immer außerhalb des Prozesses, d. h. durch private Erklärung von Person zu Person, nicht durch prozessuale Handlung (Schriftsatz, in mündlicher Verhandlung) geschehen müßte, so hätte dies gesagt werden müssen und wäre jedenfalls gesagt worden, da nicht angenommen werden kann, daß das Gesetz nur an den nicht regelmäßigen Fall gedacht hat. Wohl zu beachten ist nur, worauf bereits hingewiesen, daß die Berufung im Prozeß auf *die vor der Klageerhebung bereits erfolgte Aufrechnung* die Natur des Einwandes der Zahlung, der erfolgten Tilgung, des Nichtbestehens der Klageforderung hat, die Aufrechnungserklärung im Prozeß, in welcher Form sie auch geschehen mag, *die Aufrechenbarkeit durch Ausübung der Aufrechnungsbefugniß geltend macht*, die Natur eines prozessualen Vertheidigungsmittels besonderer Art hat, auf welche sich allein die früher erörterten Vorschriften der §§ 145, 302, 529 CPO. beziehen.

Nur auf die Ausübung der Aufrechnungsbefugniß in diesem Sinne bezieht sich auch die Vorschrift in § 322 Abs. 2 über die Rechtskraft der Entscheidung über die Aufrechnung. Wird erfolgte (vertragsmäßige) Aufrechnung behauptet, nicht erwiesen, die Klageforderung deshalb zugesprochen, so ist über die Gegenforderung überhaupt nicht erkannt. Wird dagegen die Aufrechnungsbefugniß im Prozeß geltend gemacht, so hat das Urtheil über die Existenz der Gegenforderung und die Voraussetzung der Aufrechnung zu entscheiden, und entscheidet darüber, wenn es auf die Klage verurtheilt, weil die Gegenforderung nicht besteht, oder die Klage abweist, weil die Gegenforderung besteht. In letztrem Falle ist die Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung, *soweit sie zur Aufrechnung und zur Tilgung der Klageforderung verwendet ist*, von selbst gegeben, keine Partei kann die getilgte Forderung weiter geltend machen. Dasselbe spricht § 322 Abs. 2 für den Fall ausdrücklich aus, daß nach der Klage ganz oder theilweise verurtheilt ist, *weil die Gegenforderung ganz oder theilweise nicht besteht*. Ueber den Betrag hinaus, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht und damit die Feststellung der Gegenforderung verlangt ist, soll die Rechtskraft aber nie wirken, weil materiell ein Urtheil *nur soweit verlangt* und auch ergangen ist. Möglicherweise ist über die

Gegenforderung nicht entschieden, von vornherein ihre Aufrechenbarkeit verneint, auch wenn sie bestehen sollte.

Ist im Prozeß die Aufrechnung erklärt, aber im Prozeß nicht zur Wirkung gelangt, weil die Klage zurückgenommen oder aus anderem Grunde abgewiesen, ohne daß über die Klageforderung materiell entschieden, so bleibt die Aufrechnungserklärung doch wirksam, wenn ihre Voraussetzungen vorhanden waren. Eigenartig gestaltet sich die Sache, wenn die Aufrechnung im Schriftsatze erklärt, aber nicht mündlich vorgetragen, deshalb unbeachtet geblieben, in Folge dessen die Klageforderung rechtskräftig zugesprochen ist. Dann beseitigt die Rechtskraft der Entscheidung über die Klage die Berufung auf die im Prozeß erfolgte Aufrechnung; es ist so anzusehen, als ob auf diese Aufrechnung verzichtet, was unbedenklich ebenso zulässig wie der einseitige oder vertragsmäßige Verzicht auf die Geltendmachung der Einrede aus erfolgter Zahlung. Die Gegenforderung bleibt davon unberührt, wenn sie besteht; sie wird geltend gemacht, wie wenn die Aufrechnung nicht erklärt, kann auch durch neue Aufrechnungserklärung geltend gemacht werden. § 767 CPO. Der Judikatgläubiger kann ohne Arglist nicht geltend machen, die Gegenforderung sei durch die im Prozeß erklärte Aufrechnung getilgt, und gleichzeitig seine Judikatforderung aufrecht erhalten.

25. Nach § 388 Satz 2 ist die Erklärung unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird. Bedingung, aufschiebende wie auflösende, und dies a quo oder ad quem können vertragsmäßig für die Aufrechnung bestimmt werden, aber nach dem Zweck der gesetzlichen Aufrechnung nicht einseitig. Das hat dieselben guten Gründe wie bei Kündigung und Mahnung. Vgl. OHG. 4 S. 142. Dem Gläubiger, der Leistung fordern kann, ist mit solcher Aufrechnung nicht gedient, und er braucht sich namentlich Aufrechnung unter Vorbehalt, d. h. Aufrechnung unter der Resolutivbedingung, daß sie fortfalle, falls die Forderung des Gläubigers nicht bestehe, noch weniger gefallen zu lassen, als Zahlung mit Vorbehalt. Nicht anders ist es, wenn der Schuldner auf Mahnung oder Kündigung erklärt, er schulde nichts, habe übrigens eine Gegenforderung, mit der er aufrechnen könne und eventuell aufrechnen werde. Darin liegt keine Aufrechnung, nur eine Ankündigung künftiger Aufrechnung, die dem Gläubiger Recht und Interesse an der Klage nicht nimmt, mag er die Gegenforderung anerkennen oder nicht. Erkennt er sie nicht an, so fordert er Zahlung; muß er sie anerkennen, so schuldet er sie doch nicht, wenn seine Forderung besteht, die der Schuldner bestreitet, und er kann deshalb verlangen, daß der Schuldner den Bestand der Forderung des Klägers oder das Nichtbestehen der Gegenforderung anerkennt, die getilgt ist, wenn die Forderung besteht und der Gläubiger mit seiner Forderung aufrechnet. Auf Zahlung wird der Gläubiger allerdings nicht klagen dürfen, wenn er die Gegenforderung anerkennen muß. Erkennt er die Gegenforderung nicht an, so klagt er auf Zahlung, kann aber auch verlangen, daß über das Bestehen seiner Forderung erkannt, die Klage nicht ohne Prüfung des Bestehens der Forderung abgewiesen wird, nachdem die Gegenforderung festgestellt oder nachträglich von ihm anerkannt ist. Denn durch solches Urtheil wird zwar res jud. auch für die Klageforderung geschaffen, in Wahrheit aber nicht über Klage und Aufrechnung, sondern nur über die Existenz der Gegenforderung erkannt, obwohl sie nur zum Zweck der Aufrechnung geltend gemacht ist, die immer Feststellung beider Forderungen verlangt. RG. 42

S. 362, 37 S. 403, 42 S. 320, wo übrigens der Beklagte im Prozeß, was durchaus zulässig, die Klageforderung für den Fall, daß seine Gegenforderung zur Abweisung der Klage führe, anerkannt hatte. Bei solchem Anerkenntniß ist die Feststellung der Klageforderung nicht mehr erforderlich, wenn die Aufrechnung durchgreift. Im RG. 37 S. 404 war die Forderung bestritten, eventuell aufgerechnet, die Forderung und die Gegenforderung festgestellt, die Klageforderung auf Grund Aufrechnung abgewiesen. Die Berufung des Beklagten wurde als unzulässig verworfen, vom RG. aber konsequent dies Urtheil aufgehoben, die Berufung zugelassen, weil das Urtheil trotz Abweisung der Klage das Recht des Beklagten verletzte, wenn die Forderung zu Unrecht festgestellt war. Ebenso RG. 10 S. 391, 29 S. 377. Vgl. über die ganze Frage D.BR. 2 § 124[8], Schollmeyer zu § 388 unter 2c. Wenn dagegen A dem B erklärt hat, er habe von ihm 1000 zu fordern, rechne aber mit seiner Schuld an B von 1000 auf, B darauf erklärt, er schulde nichts, eventuell rechne er mit seiner Forderung von 1000 auf, so kann A nicht mehr auf Leistung klagen, wohl aber B auf seine 1000.

Die Eventualaufrechnung außerhalb des Prozesses ist danach bedeutungslos. W. 2 § 349 S. 443. Bedeutung kann sie nur insofern gewinnen, als der Kläger, der trotz der angekündigten Aufrechnung klagt, jedenfalls die Kosten zu tragen hat, wenn er abgewiesen wird. Die Eventualaufrechnung im Prozeß dagegen, über deren Zulässigkeit bis zum BGB. Niemand im Zweifel war, und deren praktische Bedeutung der Art ist, daß das Gesetz sie schaffen müßte, wenn das BGB. sie wirklich durch Satz 2 § 388 ausschlösse, ist durch die rechtliche Natur der Aufrechnung nicht ausgeschlossen, durch den Zweck des Prozesses und die Interessen der Vertheidigung des Beklagten im Prozesse und zur Verhütung der Vermehrung der Prozesse geboten, nichts Schlimmeres, als der eventuelle Einwand der Zahlung oder eine andere eventuelle Vertheidigung, und dem klagenden Gläubiger bei der Vorsorge gegen Prozeßverschleppung durch die §§ 145, 302, 529 CPO. unschädlich. Sie läßt nichts im Unsicheren, da sie entweder unberücksichtigt bleibt, wenn sie sich zur Vertheidigung als unnöthig erweist, oder zur definitiven Aufrechnung führt. Die Eventualität hat im Prozeß nicht die Bedeutung der Bedingung im Sinne des BGB. §§ 158ff., am allerwenigsten im Prozeß der CPO., wo der Beklagte die Aufrechnung vor dem Schluß der Verhandlung jederzeit vorbringen kann und durch ihr gleichzeitiges eventuelles Vorbringen neben anderen Vertheidigungsmitteln nichts anderes bezweckt, als die vorsorgliche Vermeidung ihrer Präklusion durch überraschenden Schluß der Verhandlung.

Wer das Entstehen der Forderung bestreitet, Verjährung ev. Zahlung einwendet, an letzter Stelle aufrechnet, rechnet nicht jetzt und nicht bedingt auf; das hätte keinen Sinn; die Wirkung der Aufrechnung kann von dem selbstverständlichen Bestehen zu tilgender Forderung nicht abhängig gemacht werden, und anders beschaffen ist die sog. Bedingung nicht, mag man sie formulieren, wie man will. Für die Zulassung der Eventualaufrechnung im Prozeß genügt, daß die CPO. das gleichzeitige eventuelle Vorbringen von Vertheidigungsmitteln gestattet, die rechtliche Natur der Aufrechnung nicht entgegensteht. Zweifellos sind die Motive und die Kommission davon ausgegangen. Motive Bd. 2 S. 108; Protokolle 1 S. 224, 365, 366. Und das BGB. setzt, wie Schollmeyer zu § 388 unter 3c mit Recht hervorhebt, und worauf auch in Bd. 1 S. 319, 323 unter c dieses Kommentars bereits hingewiesen ist, die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung im Prozeß ebenso voraus, wie die §§ 145, 302 CPO. Nach § 209 Nr. 3 BGB. soll die Aufrechnung im Prozeß die Verjährung der For-

derung unterbrechen, und nach § 215 Abs. 2 BGB. die Unterbrechung als nicht erfolgt gelten, wenn nicht binnen sechs Monaten nach der Beendigung des Prozesses Klage auf Befriedigung oder Feststellung erhoben wird. Beide Vorschriften haben einen Sinn nur für die eventuelle Aufrechnung im Prozeß. Denn die durch Aufrechnung zerstörte Forderung kann nicht mehr verjähren, und die in § 215 Abs. 2 vorbehaltene Klage auf Befriedigung oder Feststellung setzt direkt voraus, daß die Aufrechnung nicht zur Tilgung geführt hat, d. h. nur eventuell vorgebracht ist.

Es ist zu hoffen, daß die Kontroverse über die Eventualaufrechnung im Prozeß, die wie aus heiterem Himmel entstanden und als ob es vor dem BGB. weder Aufrechnung noch Prozeß gegeben, ebenso auch verschwinden wird.

IV. Die Wirkung der Aufrechnung. § 389. 26. Die erklärte Aufrechnung wirkt nach § 389 so, als wenn die Aufrechnung in dem Zeitpunkt erklärt wäre, in welchem sie zuerst erklärt werden konnte, d. h. in diesem Zeitpunkt gilt die Aufrechnung als erfolgt, die beiden Forderungen als getilgt, so weit sie sich decken. Darin liegt einmal, daß der Gläubiger abweichend von § 266 sich teilweise Befriedigung durch Aufrechnung gefallen lassen muß; für die Aufrechnung im Falle des § 268, die materiell die Natur der dat. in sol. hat, vgl. oben S. 81 unter Nr. 69, gilt dies aber nicht unbeschränkt. Namentlich ist in dem Satz des § 389 aber das Prinzip der Rückwirkung enthalten, wie es im gem. R., im ALR. I 16 §§ 300, 301, 361 und im SBGB. § 992 ausgesprochen ist, ein Prinzip von zweifelhaftem Werth, das mit dem dem BGB. zu Grunde liegenden Satz, daß die Aufrechenbarkeit allein die beiden Forderungen nicht berührt, schwer zu vereinen, vom BGB. auch nicht rein durchgeführt ist und nach BGB. nur soweit wirkt, als nicht Rechtssätze des BGB. und andere Rechtssätze entgegenstehen. Aus dem § 389 folgt, daß die Aufrechnungserklärung an keine Frist gebunden ist, keiner Verjährung unterliegt. Darum kann der rechtskräftig zur Zahlung verurtheilte Schuldner die im Prozeß versäumte Aufrechnungserklärung trotz § 769 CPO. in der Zwangsvollstreckung nachholen und die Befriedigung des Judikatgläubigers herbeiführen. Nur die Kostenpflicht kann er nicht redressiren. Darum schließt die Verjährung der Forderung, mit der aufgerechnet wird, zur Zeit der Aufrechnungserklärung die Aufrechnung nach § 390 Satz 2 nicht aus, wenn nur zur Zeit, wo die Aufrechnung zuerst erklärt werden konnte, die Verjährung noch nicht vollendet war. Zum Theil beruhen darauf auch die §§ 392 und 406. Vgl. zu § 406.

Darauf beruht ferner, daß die Aufrechnungserklärung im Konkurse die Wirkung hat, die sie gehabt hätte, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung erklärt worden wäre, Konk.O. § 53, und daß eine Forderung gegen den Gemeinschuldner, die zur Zeit der Konkurseröffnung zu ihrem vollen Betrage aufgerechnet werden konnte, ihre volle Aufrechenbarkeit dadurch nicht verliert, daß sie durch Akkord im Konkurse herabgesetzt wird. StrA. 83 S. 287. RE. 3 Nr. 265a Erk. b. (A hat Forderung an B, B an A; Konkurs über A, der durch Akkord mit 31 Proz. beendet wird. B kann nach Beendigung des Konkurses seine volle Forderung gegen die Forderung des A aufrechnen). Ebenso StrA. 42 S. 228, ObTr. 43 S. 439 (StrA. 36 S. 211). Und der Ausschluß einer Forderung gegen einen Nachlaß durch Urtheil im Aufgebotsverfahren steht der Aufrechnung dieser Forderung gegen eine Forderung des Nachlasses nicht entgegen, wenn Aufrechnungserklärung vor dem Ausschluß die Tilgung beider Forderungen bewirkt hätte. RG. 42 S. 138.

Gilt nach § 389 Forderung und Gegenforderung als im Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit als getilgt, so folgt von selbst, daß Aufrechnung seitens eines Gesammtschuldners auch die anderen befreit, § 422, RG. 11 S. 114, daß Aufrechnung gegen einen Gesammtgläubiger die Forderung aller Gläubiger tilgt, § 429, daß Aufrechnung des Hauptschuldners den Bürgen, Aufrechnung des Pfandschuldners das Pfand befreit. Vgl. § 770 Abs. 2, § 1137.

27. Gilt Forderung und Gegenforderung mit dem Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit als getilgt, so folgt ferner, daß mit diesem Zeitpunkt der Zinsenlauf auf beiden Seiten aufhört, wo nicht, wie z. B. für die Zwangsversteigerung bezüglich des Baargebots, das Gegentheil sich aus dem Gesetz ergiebt. Vgl. §§ 12, 49 ZwVerstGes. l. 11, 12 D. 16, 2; l. 4, 5 C. 4, 31; l. 7 C. 8, 43. Dabei ist zur Ausführung der Aufrechnung festzustellen, was in dem bezeichneten Zeitpunkt ein Jeder an Kapital, Zinsen und Kosten zu fordern hatte und schuldete und was zu zahlen gewesen wäre, wenn nicht aufzurechnen wäre. Darüber ist für das BGB. nach § 396 Abs. 2, § 367 kein Zweifel und die für das gem. R. nach OHG. 25 S. 38 und RG. 17 S. 141 bestandene Kontroverse wie für das Preuß. R. durch § 375 I 16 ALR. als beseitigt anzusehen. Danach werden nicht vorweg die Kapitalbeträge gegeneinander aufgerechnet, sondern die geringere Forderung wird zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen, dann auf das Kapital der anderen Forderung verrechnet.

In OHG. 25 S. 38 hatte A an B eine Forderung von 18000 und 5 ½ Proz. Zinsen vom 10. April 1872 ab, B an A eine Forderung von 338 und 6 Proz. Zinsen vom 1. Januar 1873 und eine Forderung von 258 und 6 Proz. Zinsen seit 1. August 1873. Auf die Klage des A kompensirte B im September 1873. Das OHG. sprach hier gegen beide Instanzen aus, daß die geringere Gegenforderung nicht zunächst auf die Zinsrückstände, sondern auf den entsprechenden Kapitalbetrag der größeren Forderung zu verrechnen. Danach würde A an Kapital 18000—338 und 258 und Zinsen von 18000 vom 10. April 1872 bis 1. Januar 1873 und von 18000—338 vom 1. Januar 1873 bis 1. August 1873 und vom Restkapital seit 1. August 1873 zu fordern gehabt haben. Nach RG. 17 S. 141 und BGB. würde zunächst der Betrag der Forderung des A an Kapital und Zinsen am 1. Januar 1873 zu berechnen und die erste Forderung des B von 338 auf die Zinsen vorweg aufzurechnen sein; dann wäre der Betrag der Forderung des A an Kapital und Zinsen vom 1. August 1873 festzustellen und die zweite Forderung des B von 258 wieder zunächst auf die Zinsen zu verrechnen. Bei dieser Aufrechnung bleibt B das volle Kapital von 18000 und weitere Zinsen seit 1. August 1873 schuldig.

Will der Schuldner anders aufrechnen, so kann der Gläubiger sich dies gefallen lassen, braucht es aber nicht, sondern kann die Aufrechnung gemäß § 367 Abs. 1 verlangen. Der § 367 Abs. 2, wonach bei Leistung auf Kapital, Zinsen und Kosten der Gläubiger die Annahme einer Leistung ablehnen kann, die nicht gemäß § 367 Abs. 1 angeboten wird, kann nicht dahin angewendet werden, daß der Gläubiger unter Ablehnung der Aufrechnung Leistung fordern kann. Denn bei der Aufrechnung handelt es sich, nachdem die Aufrechnung erklärt ist, nur um die vom Richter nach §§ 389, 396 Abs. 2 zu bestimmende Wirkung der geschehenen Aufrechnung, nicht um die Frage der Wirkung von Angebot und Nichtannahme. Aus § 367 Abs. 2 folgt weiter nichts, als daß der ablehnende Gläubiger

nicht in Annahmeverzug geräth; daß seine Forderung bestehen bleibt, versteht sich von selbst. Bei Aufrechnungserklärung fragt es sich nach §§ 389, 396 stets, wie weit die Aufrechnungserklärung wirkt, und diese Wirkung ist wie in § 396 Abs. 1 und § 389 nach dem Gesetz zu bestimmen.

Besteht die Forderung dessen, der aufrechnet, aus Kapital, Zinsen und Kosten und ist der Gesammtbetrag geringer, als die Forderung des Anderen, so wird der Gesammtbetrag auf das Kapital oder in der Reihenfolge des § 367 Abs. 1 auf Kosten, Zinsen und Kapital des Anderen verrechnet. Für den Fall, daß der Gesammtbetrag höher als die Forderung des Anderen, trifft § 396 Abs. 2, der sich nur auf den Fall bezieht, wo die Forderung dessen, gegen den aufgerechnet wird, aus Kosten, Zinsen, Kapital besteht, keine Bestimmung. Dieselbe muß aus § 367 entnommen werden, d. h. der Gläubiger, gegen den aufgerechnet wird, muß sich gefallen lassen, daß seine Forderung zur Tilgung erst der Kosten, dann der Zinsen, dann des Kapitals verrechnet wird.

Hat der Gläubiger einen Zinsanspruch cedirt, und wird durch Aufrechnungserklärung demnächst der Kapitalanspruch beseitigt, so fällt auch der Zinsanspruch in der Hand des Cessionars fort. Sind Zinsen gezahlt, obwohl der Kapitalanspruch durch Aufrechnung hätte beseitigt werden können und wird demnächst durch Aufrechnungserklärung das Kapital getilgt, so können die für die Zeit nach der Tilgung gezahlten Zinsen zurückgefordert werden, aber nur unter der Voraussetzung des § 814. Denn solche Zinsen sind wirkliche Nichtschuld.

28. Gilt nach § 389 Forderung und Gegenforderung in dem Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit als getilgt, so folgt an sich, daß mit der Aufrechnungserklärung auch alle Folgen wegfallen, die nach Gesetz oder Vertrag daran geknüpft, daß die Leistung zur Zeit der Aufrechenbarkeit nicht erfolgt ist. Mit der Aufrechenbarkeit fällt nach erklärter Aufrechnung deshalb der Verzug fort; nach diesem Zeitpunkt kann Vertragsstrafe wegen Nichtleistung nicht verfallen, und die Verwirkungsklausel ist unwirksam. Wenn A dem B ein Darlehn giebt und die Kündigung für den Fall nicht pünktlicher Zinszahlung stipulirt, kündigt, weil eine Zinsrate nicht bezahlt, das Kapital einklagt, so wird er abgewiesen, wenn B beweist, daß er zur Zeit der Fälligkeit der Zinsrate eine kompensable Gegenforderung hatte, und mit dieser aufrechnet. StrA. 77 S. 154; RE. 3 Nr. 265 a Erk. a. In ObTr. 46 S. 112 (StrA. 45 S. 13) war gegen eine bei Vermeidung der Exmission vierteljährlich im Voraus binnen 14 Tagen zahlbare Pacht verpachtet, eine Pachtrate nicht bezahlt, deshalb auf Exmission geklagt; der Pächter wendete ein, daß er für nichtgewährte Gutserzeugnisse aus der Zeit vor Fälligkeit der Pachtrate eine viel höhere Gegenforderung habe, mit der er zu kompensiren berechtigt. In ObTr. 65 S. 286 klagte der Vermiether nach Kündigung auf Exmission, weil der Miether mit mehr als zwei Miethsraten im Rückstande geblieben. ALR. I 21 § 298 (BGB. § 554). Der Miether wendete ein, daß er in der Miethswohnung einen Bau ausgeführt, dessen Kosten der Vermiether zu tragen sich verpflichtet und die zur Zeit der Fälligkeit der beiden Miethsraten mehr als diese betrugen. In beiden Fällen hat das Obertribunal die Exmissionsklage abgewiesen, weil in Folge der Rückwirkung der comp. der Miether zur Zeit der Fälligkeit der Pacht- und Miethsrate nicht im Verzuge gewesen.

Nach § 554 BGB. kann der Vermiether das Miethsverhältniß ohne Frist kündigen, wenn der Miether für zwei auf einander folgende Termine mit der

Entrichtung des Miethszinses ganz oder theilweise im Verzug ist und den Vermiether vor der Kündigung nicht befriedigt. Nach Abs. 2 ist die Kündigung unwirksam, wenn sich der Miether von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und die Aufrechnung unverzüglich nach der Kündigung erklärt. Nach § 581 Abs. 2 gilt dasselbe bei Pacht. Danach geht das BGB. davon aus, daß der Miether trotz der Aufrechenbarkeit in Verzug sein kann. Ausgeschlossen ist das, wenn Forderung und Gegenforderung aus demselben Miethʒ-, Pachtverhältniß herrühren, wie in den beiden Fällen des ObTr., so daß in Wahrheit Miethe oder Pacht auch ohne Aufrechnung nicht geschuldet wird. Zu denken ist an den Fall, wo der Miether, Pächter z. B. Miethe schuldet und Zinsen einer Hypothek, eines Darlehns, oder das Kapital oder für Waaren zu fordern hat. In solchem Fall wirkt das Prinzip, daß die Aufrechenbarkeit Forderung und Gegenforderung bis zur Erklärung der Aufrechnung unberührt läßt. Der Miether (Pächter), der die Aufrechnung unterläßt, kann sich nicht nachträglich darauf berufen, daß er aufrechnen konnte, und daraus Vortheil ziehen; möglicherweise lag ihm mehr daran, das Recht aus Miethe (Pacht), als seine Forderung zu verlieren. Er kann deshalb durch nachträgliche Aufrechnung das für den Vermiether entstandene und ausgeübte Kündigungsrecht, die erfolgte Kündigung, nicht unwirksam machen. Davon macht der § 554 Abs. 2 eine Ausnahme im Interesse des Miethers (Pächters), indem er die Aufrechnung wirken läßt, wenn sie nur unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern, § 121) nach der Kündigung erklärt wird. Durch solche Aufrechnungserklärung gilt die Miethsforderung rückwärts als getilgt und damit der Verzug beseitigt. Erfolgt die Aufrechnungserklärung nicht unverzüglich, so beseitigt die spätere Aufrechnung nach § 389 die beiden Forderungen zwar rückwärts, aber nicht mehr die Wirkung der Kündigung.

Ebenso verhält es sich im Falle der §§ 357, 360. Ist der Rücktritt für den Fall der Nichterfüllung vorbehalten oder der Vertrag mit dem Vorbehalt der Rechtsverwirkung bei Nichterfüllung geschlossen, so soll der erklärte Rücktritt unwirksam sein, wenn der andere Theil sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und die Aufrechnung unverzüglich nach dem Rücktritt erklärt. Auch diese Vorschrift setzt voraus, daß die Aufrechenbarkeit die Verbindlichkeit nicht berührt, erst mit der Aufrechnungserklärung wirkt; die unterlassene und nicht rechtzeitig nachgeholte Aufrechnungserklärung beseitigt den Rücktritt nicht.

Der Verfall der Vertragsstrafe setzt nach § 339 Verzug des Schuldners voraus, und dieser Verzug wird durch die Existenz einer aufrechenbaren Gegenforderung an sich nicht beseitigt, vorausgesetzt, daß die Gegenforderung nicht aus demselben Rechtsverhältniß stammt und die Entstehung oder die Beitreibung der Forderung ohne Rücksicht auf die Gegenforderung und damit den Verzug hindert. Konsequent müßte die verfallene Vertragsstrafe auch hier durch später erklärte Aufrechnung nicht beseitigt werden und, wird sie bezahlt, so kann sie nur unter der Voraussetzung des § 814 zurückgefordert werden. Aber aus § 389 folgt hier, daß die nachträglich erklärte Aufrechnung mit der Beseitigung von Forderung und Gegenforderung auch den Verzug und den Verfall der Strafe nachträglich beseitigt, so daß, was § 357 (360) für den vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktritt und § 554 (581 Abs. 2) für Miethe und Pacht bestimmt, als Ausnahmevorschrift erscheint. Dabei ist in Frage zu ziehen, ob es für den Verkehr und im Interesse der Schaffung einfachen und sicheren Rechts

nicht besser gewesen wäre, von der hergebrachten Rückwirkung abzusehen, die Erklärung erst mit ihrem Zeitpunkt wirken zu lassen und die Rückwirkung als Ausnahme eintreten zu lassen.

29. Aus § 389 folgt, daß die wirksam erklärte Aufrechnung grundsätzlich wider den Willen des Gläubigers wirkt und nicht willkürlich durch ihn wirkungslos gemacht werden kann. Klagt der Gläubiger einen Theilbetrag einer Forderung oder von mehreren Forderungen je einen Theilbetrag ein, OHG. 15 S. 105, und rechnet der Schuldner mit einer gleich hohen oder höheren Forderung auf, so kann der Kläger die nach § 389 herbeigeführte Tilgung des Theilbetrages ohne besonderen Rechtsgrund nicht dadurch beseitigen, daß er den Schuldner auf den nicht eingeklagten Theil verweist. Das ist der Sinn des gemeinrechtlichen Satzes: replica compensationis non datur. OHG. 12 S. 287, 15 S. 105. RG. 2 S. 43, 7 S. 243. In ObTr. 77 S. 225 ist für ALR. und in RG. 13 S. 172 für gem. R. das Gegentheil angenommen. Die Kontroverse hat für das bestehende Recht dadurch an Bedeutung verloren, daß der Kläger jederzeit in der Lage ist, die Klage auf den nicht geforderten Betrag zu erweitern, und Theilurtheil darüber zu erlangen. Thut er dies nicht, kann seine Berufung auf den nicht gedeckten Theil der Forderung auch nicht als Erweiterung der Klage aufgefaßt werden, beschränkt er sich z. B. auf das Bestreiten der Gegenforderung, so kann er namentlich nicht etwa in der Revisionsinstanz auf seinen ungedeckt gebliebenen Rest der Forderung zurückgreifen. RG. 13 S. 173, 174. Dagegen kann er repliziren, daß durch frühere Aufrechnungserklärung oder durch Vertrag die Aufrechnung auf den eingeklagten Betrag ausgeschlossen. OHG. 19 S. 76. Unbedenklich ist, daß der Cessionar eines Theilbetrages den deb. cessus mit der zulässigen Aufrechnung nie auf den ihm nicht cedirten Theil verweisen kann, dessen Gläubiger er nicht ist, RG. 42 S. 320, wenn er sich nicht auf Vertrag oder bereits erfolgte Aufrechnung berufen kann, u. daß ebenso wenig nachträgliche Cession des dem Cedenten verbliebenen Forderungstheils allein die erfolgte Aufrechnung und die Tilgung des zuerst cedirten Betrages beseitigen kann. RG. 45 S. 240.

Uebrigens ist immer sorgsam zu prüfen, ob wirkliche replica comp. und nicht Bestreiten der Gegenforderung vorliegt. In StrA. 45 S. 304 hatten A und B vereinbart, daß B den Kahn des A führen, der Gewinn aus den Frachten getheilt werden, B eine Kaution von 100 stellen solle. Als A gegen B 100 als Gewinnhälfte forderte, kompensirte B mit den 100 Kaution, A replizirte, daß er mehr als 100 wegen Beschädigung des Kahnes zu fordern habe. Das war nicht replica comp., sondern Bestreiten der Kautionsforderung, dem gegenüber B zu beweisen hatte, daß eine Forderung, für welche die Kaution haftete, nicht entstanden oder getilgt. Vgl. den Fall OHG. 12 S. 287.

30. Ist die Aufrechnungserklärung einseitiges Rechtsgeschäft, so muß grundsätzlich die Erklärung des Aufrechnenden bestimmen, welche Forderung gegen welche Forderung des Anderen aufgerechnet wird und welche Forderungen dadurch getilgt werden; denn den Inhalt des einseitigen Rechtsgeschäfts bestimmt der, der es vornimmt, soweit nicht Vertrag oder Gesetz entgegenstehen und die Aufrechnungserklärung als unberechtigt erscheinen lassen. Eine solche, die Aufrechnungserklärung einschränkende gesetzliche Bestimmung enthält außer dem unter Nr. 27 erwähnten Abs. 2 § 396 der Abs. 1 § 396 für den Fall, daß der aufrechnende Theil oder der, gegen den aufgerechnet wird, oder beide mehrere aufrechenbare Forderungen haben. W. 2 § 349 S. 437, 447. Kohler, Archiv Bd. 15 S. 153, 21 S. 10. Schollmeyer zu § 696. Dernburg,

BR. 2 § 129. Crome 2 § 191 zu Anm. 20ff. Das ALR. I 16 § 375 und SBGB. § 993 schreiben für diesen Fall die Anwendung der Vorschriften über Verrechnung der Zahlung bei mehreren Forderungen vor. ALR. I 16 §§ 150ff., SBGB. §§ 977ff. Ebenso Art. 1297 C. c.

a. Nach § 396 Abs. 1 BGB. hat derjenige, der aufrechnet, wie in § 366 Abs. 1 und § 151 ALR. I 16, die Forderung zu bestimmen, mit der aufgerechnet werden soll, und die Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll, d. h. womit und was er tilgen will. Die Bestimmung, womit er tilgen will, steht, was die nicht glückliche Fassung des § 396 unklar läßt, der Natur der Sache nach in der Hand des Schuldners, der aufrechnet, nicht des Gläubigers, der keine Disposition über das Vermögen des Schuldners hat, § 396 Abs. 1 Satz 1. Nach § 396 Abs. 1 kann der Schuldner, der aufrechnet, auch die Forderung des Anderen bestimmen, die getilgt werden soll. Aber hierin hat der Schuldner nicht freie Bestimmung, da sie zugleich über das Vermögen des Anderen verfügt. Der Gläubiger, gegen den aufgerechnet wird, kann der Bestimmung widersprechen, muß aber unverzüglich (§ 121) widersprechen, sonst wirkt die erklärte Aufrechnung so wie der Schuldner es bestimmt hat. § 396 Abs. 2 Satz 2. Widerspricht der Gläubiger unverzüglich, so findet die Vorschrift des § 366 Abs. 2 entsprechende Anwendung, d. h. die erklärte Aufrechnung wirkt nach dem Gesetz so, wie die Zahlung nach § 366 Abs. 2 wirken würde, wenn gezahlt und nicht aufgerechnet wäre. Der Widerspruch des Gläubigers ist hier eine gesetzlich zugelassene replica comp., über die und damit über die Wirkung der Aufrechnung regelmäßig im Prozeß entschieden werden wird. Der § 366 Abs. 2 handelt davon, welche Schuld des Zahlenden getilgt wird und findet danach entsprechende Anwendung für die Frage, gegen welche Forderung das, womit der Schuldner aufrechnet, aufgerechnet wird. Als aufgerechnet (getilgt) gilt danach von mehreren Forderungen des Gläubigers nach der Reihe a) die fällige Schuld vor der nicht fälligen, b) die Schuld, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet vor der besser gesicherten, c) die für den Schuldner lästigere vor der weniger lästigen, d) die ältere Schuld eventuell jede Schuld verhältnißmäßig. Vgl. oben S. 279ff.

Nach dem Protokolle der zweiten Kommission (S. 8433ff.) bezweckte die Vorschrift namentlich, dem Gläubiger das ihm nach § 390 Satz 2 gewährte Recht zu sichern, eine Forderung nach der Verjährung aufzurechnen, die vor der Verjährung aufrechenbar war. Hat der Gläubiger eine der kurzen Verjährung oder früher als eine andere der Verjährung unterliegende Forderung, so könnte der Schuldner mit seiner Forderung gegen die letztere aufrechnen und dem Gläubiger dadurch das Objekt entziehen, aus dem er sich wegen der ersteren befriedigen könnte. Das sollte verhindert werden. Im Sinne des § 396 muß deshalb die der kürzeren oder früher der Verjährung unterliegende Forderung als die dem Gläubiger weniger Sicherheit bietende gelten, abweichend vom Falle des § 366, wo es unmöglich ist, das Gezahlte auf eine verjährte Forderung zu verrechnen, so lange eine klagbare daneben besteht.

b. Alles das gilt nach § 396 Abs. 1 Satz 2 auch dann, wenn die Aufrechnungserklärung nicht bestimmt, mit welcher und gegen welche Forderung, oder gegen welche Forderung aufgerechnet wird. Das Gesetz, § 366 Abs. 2, ergänzt die fehlende Bestimmung wie im ersten Fall. Die Bestimmung, womit aufgerechnet werden soll, darf natürlich nie in dem Maße fehlen, daß nicht ersichtlich, womit aufgerechnet wird, und auch das, worauf aufgerechnet wird, muß er-

kennbar, bestimmbar sein; ohne dies fehlt dem Rechtsgeschäft der Aufrechnung der erforderliche erkennbare Inhalt. Vgl. oben unter 23. Hat der, gegen den aufgerechnet wird, mehrere Forderungen, so sind diese anzugeben, wenn indistincte aufgerechnet werden soll. Dem Gläubiger kann selbstverständlich auch die Wahl überlassen werden; dann scheidet § 366 Abs. 2 aus. Unbestimmt ist die Aufrechnungserklärung immer, wenn § 366 Abs. 2 nöthig ist, um das, was getilgt sein soll, festzustellen. Das liegt z. B. nicht vor, wenn mit mehreren Forderungen gegen mehrere aufgerechnet wird und beide Beträge gleich sind. Hat der, der aufrechnet, mehrere Forderungen, die einzeln kleiner, im Ganzen größer als die des Gegners, oder im Ganzen kleiner, so wird § 366 Abs. 2 erforderlich, um zu ermitteln, was gezahlt und was bezahlt ist. Hat der, der aufrechnet, mehrere Forderungen, die jede für sich zur Befriedigung des Anderen durch Aufrechnung genügen, und rechnet er mit beiden auf, oder mit einer von beiden, ohne zu bestimmen, mit welcher, so liegt darin eine Unbestimmtheit, aber doch keine solche, die das Aufrechnungsgeschäft selbst unwirksam macht. Denn durch Ausübung des Fragerechts im Prozeß wird immer festzustellen sein, ob der Aufrechnende Bestimmung treffen, oder sie dem Anderen überlassen will, was er kann, oder dem Richter nach § 366 Abs. 2. Die gleichen Grundsätze finden Anwendung, wenn mehrere Forderungen auf beiden Seiten sich einander gegenüberstehen.

31. Der Gläubiger, der eine Forderung einklagt, der zur Zeit der Klage eine Gegenforderung aufrechenbar entgegensteht, wird abgewiesen, wenn die Aufrechnung vor der Klage, aber auch wenn sie im Prozeß erklärt wird. Er trägt dann nach § 91 CPO. die Kosten als unterliegende Partei, auch wenn er sich als befriedigt und die Hauptsache als erledigt erklärt. Die Aufrechnung bewirkt nach § 389, daß seine Forderung als vor der Klage getilgt angesehen werden muß, nicht, daß er als nach der Klageerhebung befriedigt gilt. Er muß damit rechnen, daß sein Schuldner aufrechnet, obwohl der Schuldner von der Ausübung seines Rechts absehen kann; der Schuldner darf damit rechnen, daß er nicht verklagt werden wird. Der zur Zeit der Klageerhebung bestehende Verzug wird durch die Aufrechnung beseitigt. RG. 50 S. 389. Anders Schollmeyer zu § 388. Liebknecht, Vorbehaltszahlung § 19. Der § 93 CPO., der voraussetzt, daß der Kläger obsiegt, und ihm trotzdem die Kosten auferlegt, wenn nicht der Beklagte Veranlassung zur Klage gegeben hat, trifft den Fall der Abweisung der Klage oder Erledigung der Sache wegen Aufrechnung nicht. Der Fall kann indessen so liegen, daß der Beklagte den Kläger zur Klage unter Verschweigen seiner Gegenforderung induzirt hat und böswillig auf die Klage mit der Aufrechnung hervortritt. Dann kann sich die Kostenpflicht des Beklagten aus Verschulden rechtfertigen und aus solchem Verschulden kann der Kläger selbst die Erstattung ihm auferlegter Kosten fordern. Hat der Kläger die Gegenforderung bestritten, so versteht sich von selbst, daß er die Kosten trägt, wenn er demnächst abgewiesen oder die Hauptsache für erledigt erklärt wird; bestreitet der Beklagte die Klageforderung und rechnet eventuell auf, so trägt er die Kosten, wenn die Klage auf Grund der Aufrechnung abgewiesen wird. Ueber Unterbrechung der Verjährung durch Aufrechnung vgl. zu § 209 Bd. 1 S. 319 unter d, S. 323. RG. 50 S. 297.

V. Ausschließung der Aufrechnung, §§ 393, 394, 395. Abgesehen von den früher erörterten Fällen, wo die Aufrechnung durch Vertrag, durch die Natur der Forderungen, und durch besondere gesetzliche Vorschrift in § 22 Abs. 3 des Ge-

nossGes., § 19 Abs. 2 des Ges. v. 20. April 1892 über die Ges. m. b. H., § 26 Ges. über die privaten Versich.Untern., § 118 GewO., § 56 KrankenversGes., § 221 HGB. II ausgeschlossen, stellen die §§ 393—395 drei allgemeine Grundsätze für die Ausschließung der Aufrechnung auf.

82. Nach § 393 ist die Aufrechnung unzulässig gegen eine Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung. §§ 823 ff. Mit einer solchen Forderung kann natürlich immer aufgerechnet werden, und der, der sich auf § 393 berufen kann, ist nicht behindert, sich die Aufrechnung gefallen zu lassen und mit dem Gegner darüber zu paktiren, nachdem die Forderung entstanden ist. Nur ein Vertrag, durch den für die Zukunft die Anwendung des § 393 ausgeschlossen, würde gegen die guten Sitten verstoßen. Die Vorschrift des § 393 schließt sich an an den gemeinrechtlichen Satz in l. 14 § 2 C. 4, 31 über die Unzulässigkeit der comp. gegen Forderung aus widerrechtlicher Aneignung fremden Besitzes, RG. 22 S. 227, 19 S. 237, 7 S. 328, 332, der in SBGB. § 994, C. c. art. 1293 wiederkehrt, dem ALR. unbekannt ist. Der Satz des § 393 geht weiter und beruht auf demselben Gedanken wie § 273 Abs. 2, der gegen den Anspruch auf Herausgabe eines durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangten Gegenstandes die sonst zulässige Zurückbehaltung wegen Verwendungen auf den Gegenstand ausschließt. Zuerst soll das Unrecht durch Restitution wieder gutgemacht werden. Vgl. oben S. 95 unter Nr. 81. Ob der Anspruch auf Restitution entwendeter Sachen oder Ersatz des Werthes geht, ist für die Anwendung des § 393 gleichgültig. Vgl. RG. 14 S. 309 zu Art. 1293 C. c. Handeln gegen Vertragspflicht, das nicht zugleich den Thatbestand einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung enthält, begründet die Anwendung des § 393 nicht. Wenn der Agent, der Handlungsgehülfe, der Bevollmächtigte sich aus ohne Berechtigung eingezogenen Geldern wegen eigener Forderung deckt, kann ihm gegen den Anspruch auf Erstattung die Aufrechnung mit seiner Forderung nicht aus § 393 versagt werden, wenn nicht der Thatbestand der Unterschlagung vorliegt. Vgl. RG. 19 S. 237, 22 S. 227. Noch weniger kann aus § 393 die Ausschließung der Aufrechnung im Falle des § 717 der CPO. hergeleitet werden. Vgl. RG. 34 S. 354, wo für den früheren § 655 CPO. die Ausschließung der Aufrechnung mit Gründen hergeleitet ist, die nicht mehr zutreffen.

Anders lag RG. 3 S. 113, wo Aufrechnung mit einer Forderung nicht zugelassen ist, die sich der Kompensant durch eine rechtswidrige Handlung verschafft, indem er ein Konnossement über schwimmende Waare, das er dem Käufer gegen dessen Accept auf Tratte des Verkäufers an Order eines Dritten aushändigen sollte, unter Zurückbehaltung dieser Tratte ausgehändigt und sich dagegen Accept des Käufers auf eigener Tratte an seine Order hatte geben lassen und so den Kaufpreis eingezogen hatte. Auch nach § 393 würde gegen den Anspruch des Verwalters im Konkurse des Verkäufers auf Erstattung des Kaufpreises nicht mit Forderungen gegen den Verkäufer aufgerechnet werden können, da der Beklagte sich den Kaufpreis durch Untreue verschafft hatte.

Das gem. R., W. 2 § 350 zu Anm. 24, das SBGB. § 994, C. c. Art. 1293, ALR. I 16 §§ 363—365 (20 § 171; 14 § 84) ließ ferner die comp. nicht zu gegen Forderung aus Depositum und Leihe, wobei streitig war, ob sich dies auch auf dep. irregulare beziehe. Vgl. RG. 1 S. 204, 12 S. 85. OHG. 9 S. 437. StrA. 8 S. 361. Das BGB. hat diese Ausnahme von der Zulassung der Aufrechnung gestrichen.

33. Nach § 394 findet die Aufrechnung nicht statt gegen eine Forderung, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist. Nur die Beiträge zu Kranken-, Hülfs-, Sterbekassen, Knappschaftskassen, Kassen der Knappschaftsvereine können gegen die Forderung auf Hebungen aus diesen Kassen, die nach CPO. § 850 Nr. 4 der Pfändung entzogen, aufgerechnet werden, weil regelmäßig durch die Leistung des Beitrages die Entstehung der Forderung auf die Hebung als bedingt zu gelten hat. Gemeinrechtlich galt die comp. gegen Alimentenforderungen ausgeschlossen, W. 2 § 350 zu Anm. 28. In ALR. I 16 §§ 366, 367 war sie gegen rückständige Alimente, vgl. ObTr. 56 S. 134 (Altentheilspräftationen), RG. 35 S. 234 (Rente aus §§ 1123ff. I 11), — versagt, ähnlich in SBGB. § 995, in C. c. art. 1293 (aliments déclarés insaisissables). RG. 14 S. 309. Jetzt bestimmt darüber CPC. § 850 Nr. 2, der der Pfändung nur die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen und die Geldrente aus § 844 BGB. entzieht. Auf gesetzlicher Vorschrift beruht die Alimentenforderung, die aus gesetzlicher Unterhaltspflicht folgt, wie sie nach BGB. §§ 1601 (1766), §§ 1360, 1361, §§ 1578, 1579 (1345, 1346), § 1583, § 1351, §§ 1708, 1709 (1703), §§ 1963, 2141, § 1969 besteht. Die in der Preuß. Praxis konstant angenommene Gleichstellung der Alimentationspflicht aus Gesetz und Vertrag ist dadurch ausgeschlossen. Ebenso kann nicht angenommen werden, daß der Dritte, der gegen den Unterhaltspflichtigen aus § 679 BGB. klagt, weil er dessen Kinder alimentirt hat, sich auf § 394 berufen kann, wie dies für Preuß. Recht angenommen ist. StrA. 99 S. 58.

Außer Alimentenforderungen fallen unter § 394 zunächst alle Forderungen, die nach § 850 CPO. (§ 749 a. F.), §§ 851, 852 der Pfändung nicht unterworfen sind und soweit sie der Pfändung nicht unterworfen sind. Abs. 2, 3, 4. Der § 852 CPO. hat für die Aufrechnung keine praktische Bedeutung. Dazu tritt das Pfändungsverbot in § 377 BGB., vgl. oben S. 312 Nr. 11, und in einer Reihe von Fällen, die durch Spezialgesetze geordnet. Dahin gehören neben § 115 GewO. namentlich die Vorschriften in den Reichsgesetzen über Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherung, im § 6 des Reichsbeamtengeſ., § 45 des RMilGes., die landesgesetzlichen Vorschriften in den Pensionsgesetzen und in § 173 des Preuß. Berggeſ.

Daneben sind aber durch Art. 81 EG. die landesgesetzlichen Vorschriften aufrechterhalten, welche die Aufrechnung gegen Ansprüche der Beamten, Geistlichen, Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten aus dem Amts- oder Dienstverhältniß abweichend von § 394 zulassen. Zu denken ist dabei natürlich nur an Spezialvorschriften, nicht an allgemeine Grundsätze des früheren Rechts, die mit diesem beseitigt sind.

Alle unter § 394 fallenden Pfändungsverbote beruhen auf dem Gedanken, daß zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung nicht gemacht werden soll, was dem Lebensunterhalt des Forderungsberechtigten und anderen bestimmten Zwecken (Dienstaufwand) dienen soll. Dieser Zweck soll auch durch Aufrechnung nicht vereitelt werden; darüber läßt jetzt § 394 keine Zweifel. Vgl. RG. 21 S. 186, 41 S. 51 (für das frühere R. anders). Welcher Natur die Forderung ist, mit der aufgerechnet werden soll, ist nach dem Gesetz gleichgültig. Vgl. RG. 14 S. 309 (Aufrechnung mit Ersatzanspruch wegen Entwendung gegen Rentenansprüche aus Testament. CPO. § 850 Nr. 3). Nach dem gesetzgeberischen Motiv der Vorschrift kann ihre Anwendung durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden. Andrerseits kann weder aus dem Pfändungs- noch aus dem Abtretungsverbot hergeleitet werden, daß dem Gläubiger

einer solchen Forderung verboten, mit seiner Forderung gegen Forderungen des Schuldners der unpfändbaren Forderung an ihn aufzurechnen.

Eine andere streitige Frage ist, ob dem Anspruch aus unpfändbarer Forderung gegenüber auch das Zurückbehaltungsrecht aus §§ 273, 274 BGB. versagt. Vgl. oben S. 90, 91 unter 77. Wo das Zurückbehaltungsrecht wegen Geldforderung gegen Geldforderung geltend gemacht wird, steht das Zurückbehaltungsrecht materiell der Aufrechnung gleich, führt zu demselben Ergebniß, wenn auch Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung in Voraussetzung und Wirkung verschieden sind. §§ 387, 389, §§ 273, 274. Praktisch ist die Frage namentlich in Fällen geworden, wo der Arbeitsgeber dem Arbeitsnehmer Lohn zu zahlen hat, gegen den Aufrechnung nicht stattfindet und vom Arbeitsnehmer für vorsätzliche oder fahrlässige Beschädigung von Maschinen, Arbeitsgeräth, Arbeitsmaterial, Entwendung, Unterschlagung Geld zu fordern hat. Vgl. den Fall in der DJZ. 1901 S. 304 Spalte 2. Für das Gesindeverhältniß hat auf Grund Art. 95 EG. z. BGB. der Art. 14 Nr. 1 des Preuß. AusfGes. z. BGB. dem Dienstberechtigten selbst die Aufrechnung seiner Entschädigungsansprüche wegen Verletzung der dem Gesinde obliegenden Verpflichtungen gegen die unpfändbare Lohnforderung ausdrücklich gestattet. Das erscheint auch in anderen Verhältnissen durch die Gerechtigkeit und Billigkeit geboten, wie der krasse Fall in der DJZ. zeigt, wo der Arbeiter eine Maschine zersägt und die abgesägten Kupfertheile gestohlen und verkauft hatte, gleichwohl aber seinen Lohn forderte, der unpfändbar war und gegen den nach § 394 der Arbeitsherr seine Ersatzforderung wegen der Beschädigung und Entwendung nicht aufrechnen konnte. Der Richter half sich in diesem Falle mit der unhaltbaren Ausführung, die Aufrechnung sei zulässig, weil der Arbeiter nach § 393 mit seiner Lohnforderung nicht aufrechnen könne.

In solchen Fällen kann nur das Zurückbehaltungsrecht helfen. Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht sind nicht gleichzustellen, sind in Voraussetzung und Wirkung verschieden. Nach § 273 Abs. 1 ist ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift wie sie der § 19 Ges. v. 20. April 1892 (Ges. m. b. H.) für nöthig hielt, das Zurückbehaltungsrecht nur im Falle des Abs. 2 und allgemein ausgeschlossen, wenn die Ausschließung sich aus dem Schuldverhältniß ergiebt, d. h. die Zurückbehaltung mit demselben unvereinbar ist, weil es ergiebt, daß der, der zurückbehalten will, vorleisten muß. Das Pfändungsverbot, das den Gläubiger bestimmter Forderungen gegen den Zugriff Anderer schützen soll, enthält an sich nicht das Gebot, daß der Schuldner der Forderung unter allen Umständen vorleisten muß. Das Pfändungsverbot steht deshalb der Zurückbehaltung nicht entgegen. Vgl. Dernburg, BR. 2 § 59, § 128 unter II, 4. Pappenheim in DJZ. 1902 S. 86. Crome, BR. 1 § 124, 2 § 192 Anm. 40. W. 2 § 351 unter 3.

34. Die Vorschrift in § 395, die lediglich auf Zweckmäßigkeitsgründen beruht, ist nur zum Theil neues Recht. Zu Gunsten des Fiskus bestand die Ausschließung bei Aktiv- und Passivposten verschiedener Kassen schon nach l. 1 C. 4, 31, ALR. I 16 §§ 368, 369, SBGB. § 994 Satz 2. Neu ist die Ausdehnung dieses Privilegiums auf Gemeinden und andere Kommunalverbände. Die Vorschrift gilt überall nur für Aufrechnung gegen den Privilegirten, nicht durch ihn.

VI. Aufrechnung im Konkurse. **35.** Dieselbe ist in den §§ 53—56 der Konk.O. geregelt, die allgemeinen Grundsätze der §§ 387 ff. BGB. finden aber Anwendung, soweit nicht die KonkO. Ausnahmen statuirt. Diese Ausnahmen wirken

nur zu Gunsten der Konkursgläubiger, nicht zwischen dem früheren Gemeinschuldner und dem Gläubiger nach Beendigung des Konkurses. Ebenso fällt die Aufrechnung fort, die nur im Konkurse möglich und im Konkurse noch nicht wirksam geworden, sobald der Konkurs aufgehoben; so ist namentlich die Aufrechenbarkeit nicht fälliger Gegenforderung nur für den Konkurs und zum Zwecke der Aufrechnung angeordnet. Grundsatz ist wie nach § 317 I 16 ALR., daß die zur Zeit der Konkurseröffnung bestehende Aufrechnungsbefugniß durch die Konkurseröffnung nicht berührt wird, und zu jeder Zeit durch Erklärung der Aufrechnung im Konkurse oder nach Beendigung desselben wirksam gemacht werden kann. § 389 BGB., § 53 KonkO. Vgl. RG. 41 S. 25. Akkord im Konkurse, durch den die Forderung des Gläubigers herabgemindert sein würde, wirkt deshalb insoweit nicht, als der Gläubiger sich aus seiner Schuld an den Kridar zur Zeit der Konkurseröffnung befriedigen konnte. Insoweit hat er materiell ein Absonderungsrecht; er braucht seine Forderung nicht anzumelden; meldet er sie an, so steht das doch der Aufrechnung nicht entgegen, sondern die Anmeldung bedeutet nur die Anmeldung der durch die Aufrechnung nicht gedeckten Forderung. §§ 53, 64 KonkO. Wird der Schuldner der Konkursmasse, der Aufrechnung geltend gemacht hat, zur Zahlung unter Vorbehalt der Aufrechnung verurtheilt, CPO. § 302, zahlt er und bringt demnächst bei Aufrechnung durch, so wird er wegen der Rückerstattung Massegläubiger, nicht Konkursgläubiger.

Für die Aufrechnung im Konkurse und nach Beendigung desselben ist deshalb die Frage von besonderer Bedeutung, ob Forderung und Gegenforderung zur Zeit der Konkurseröffnung bestanden. Wenn A vor der Konkurseröffnung den B beauftragt hat, eine Forderung von C einzuziehen, B nach der Konkurseröffnung trotz Fortfall des Auftrages durch Kündigung des Auftrages durch den Verwalter oder sonst (§ 23 KonkO., § 627 BGB.) eingezogen hat, kann er gegen die Klage des Verwalters mit eigener Forderung gegen A nicht aufrechnen, weil seine Schuld erst nach der Konkurseröffnung und zur Masse entstanden, und wenn A gegen ihn nach Beendigung des Konkurses durch Akkord mit 50 Proz. auf Auszahlung klagt, kann B nur mit 50 Proz. seiner Forderung aufrechnen, weil Forderung und Gegenforderung zur Zeit der Konkurseröffnung nicht aufrechenbar waren. Hatte B die Forderung vor der Konkurseröffnung eingezogen, so steht die Aufrechnung mit seiner vollen Forderung dem B sowohl gegen den Verwalter wie nach der Beendigung des Konkurses gegen A zu. ObTr. 43 S. 439, S. 453. RG. 53 S. 327.

Bestehen Forderung und Gegenforderung aus demselben Rechtsgeschäft, das durch die Konkurseröffnung nicht berührt wird, so können beide nur so geltend gemacht werden, wie sie ohne das Dazwischentreten des Konkurses geltend gemacht werden könnten. RG. 52 S. 405. Nach § 54 Konk.O. besteht jetzt kein Zweifel mehr darüber, daß es für die Aufrechnung im Konkurse nur darauf ankommt, ob Forderung und Gegenforderung zur Zeit der Konkurseröffnung ihrem Rechtsgrunde nach bestanden. Insofern sind die Voraussetzungen der Aufrechnung aus § 387 BGB. für den Konkurs geändert. Weder gleichzeitige Fälligkeit vor oder im Konkurse, noch Gleichartigkeit beider Forderungen zur Zeit der Konkurseröffnung wird vorausgesetzt, und nach dem Zwecke des Konkurses bleibt auch bedingte Forderung nicht unberücksichtigt. Die nicht in Geld bestehende Forderung wird in Geldanspruch umgewandelt. Die bedingte steht der unbedingten gleich, wenn die Bedingung auch erst im Konkurse er-

füllt wird, bis zur Erfüllung aber wird dem Gläubiger der bedingten Forderung die künftige Aufrechnung sicher gestellt. Namentlich entsteht der Regreßanspruch nicht erst mit seiner Erfüllung. Der Schuldner des Gemeinschuldners aus Darlehen rechnet im Konkurse mit Regreßforderung aus Bürgschaft für eine Darlehnsschuld des Gemeinschuldners auf, auch wenn er den Darlehnsgläubiger erst im Konkurse befriedigt hat, ebenso der Gefälligkeitsacceptant, der erst während des Konkurses den Wechsel für den Gemeinschuldner eingelöst hat. Der Regreßanspruch des Indossanten gegen Vormänner und Acceptanten entsteht nicht erst mit der Einlösung, und wird deshalb im Konkurse so geltend gemacht, als ob er zur Zeit der Konkurseröffnung geltend gemacht, wenn auch nur erst im Konkurse die Voraussetzung seiner Geltendmachung durch die Einlösung eingetreten ist. Vgl. ObTr. 83 S. 113. OHG. 24 S. 1. RE. 3 Nr. 265b.

Wenn Forderung und Gegenforderung noch nicht zur Zeit der Konkurseröffnung aufrechenbar bestanden oder durch die Konkurseröffnung aufrechenbar wurden, kann es sich nur um Forderungen handeln, die beide nach der Konkurseröffnung entstanden, oder von denen eine vorher, eine nachher entstanden. Forderungen, die nachher für und gegen den Gemeinschuldner entstanden, kommen nach §§ 1, 14 KonkO. im Konkurse überhaupt nicht in Betracht. Masseforderung und Masseschuld im Sinn der §§ 57 ff. sind nicht Konkursforderungen, auf welche die Bestimmungen über Aufrechnung im Konkurse anwendbar; die Aufrechnung findet nach den allgemeinen Grundsätzen über Aufrechnung außerhalb des Konkurses statt. RG. 46 S. 98. Der § 318 I 16 ALR. sagte das ausdrücklich; die KonkO. setzt es voraus. Selbstverständlich ist auch Forderung des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung und Forderung, die nachher gegen den Gemeinschuldner entstanden und aus der Konkursmasse nicht zu befriedigen, im Konkurse nicht aufrechenbar. Ebenso selbstverständlich kann aber gegen einen Massegläubiger im Sinne der §§ 57 ff. KonkO. mit dem aufgerechnet werden, was er vor dem Konkurse dem Gemeinschuldner schuldig geworden und der Massegläubiger kann mit seiner Forderung stets gegen seine Schuld zur Konkursmasse aufrechnen. ALR. I 16 § 319 sagte das ausdrücklich; die KonkO. setzt es voraus. OHG. 16 S. 353 (gem. R.). In RG. 26 S. 66 kam die andere Frage zur Sprache, ob der Konkursgläubiger mit seiner Forderung gegen eine Forderung aufrechnen kann, die der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung gegen ihn erworben hat. Sp schuldete dem A 16000 M., die A zum Konkurse des Sp anmeldete. Nach der Eröffnung des Konkurses erwarb Sp gegen A als Erben des B eine Forderung von 6000 aus Legat des B. Er cedirte diese Forderung dem Konkursverwalter, der sie gegen Sp einklagte, der nun mit seiner Forderung von 16000 aufrechnete. Die Aufrechnung ist zugelassen. Die Forderung des Konkursverwalters war nach § 1 KonkO. Forderung des Sp., nicht Masseforderung, die Aufrechnung gegen sie zulässig, soweit sie gegen Sp zulässig, diese Aufrechnung aber zulässig, da sie den Konkursgläubigern wie bei der Aufrechnung in § 319 I 16 ALR. nur Vortheil bringt, da A aus der Konkursmasse nun nur noch Befriedigung wegen 10000 fordern kann.

Ausgeschlossen ist die Aufrechnung im Konkurse nach § 55 KonkO.

a. Nr. 1. Wenn ein Gläubiger des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung Schuldner der Masse geworden, mag seine Forderung zur Zeit der Konkurseröffnung bestanden haben oder nachher erworben sein. Denn bestand sie zur Zeit der Konkurseröffnung, so kann sie nur tributarische Befriedigung aus der Masse

fordern und ist deshalb der Forderung der Masse nicht gleichwerthig. Ist sie erst nach der Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner erwachsen, so kann sie nicht einmal Befriedigung aus der Masse fordern, noch weniger aufgerechnet werden gegen eine Forderung, die der Gemeinschuldner nicht geltend machen kann.

Ein Beispiel giebt der oben erwähnte Fall der Aufrechnung einer nach der Konkurseröffnung und fortgefallenem Auftrag eingezogenen Forderung des Gemeinschuldners mit Forderung gegen den Gemeinschuldner, die zur Zeit der Konkurseröffnung bestand. Ferner ObTr. 61 S. 409 (StrA. 71 S. 329), wo der Pächter mit der dem Verpächter bestellten Kaution nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Verpächters gegen Pachtzins aufrechnen wollte, die er für die Zeit nach eröffnetem Konkurse zur Masse schuldig geworden war. Vgl. ebenso RG. 1 S. 347. Vertragsmäßige Abreden, die solche Aufrechnung gestatten, sind im Konkurse wirkungslos. Nach § 21 Abs. 2 KonkO. kann indessen der Gemeinschuldner mit Wirksamkeit gegen die Konkursmasse vor dem Konkurse über den Mieths-, Pachtzins für das zur Zeit der Konkurseröffnung laufende und das folgende Kalendervierteljahr verfügen, sei es durch Abtretung, sei es durch Annahme der Zahlung oder Zulassung der Aufrechnung. Deshalb soll nach Satz 2 Abs. 2 § 21 der Miether oder Pächter auch gegen die Forderung des Konkursverwalters auf Zahlung dieses Mieths-, Pachtzinses mit Forderung gegen den Gemeinschuldner aufrechnen können, mit der er im Konkurse aufrechnen könnte, wenn der Mieths-, Pachtzins nicht zur Masse geschuldet würde. Soweit muß auch der Aufrechnungsvertrag gelten.

Ist wie im Falle § 26 KonkO. ein Schadensanspruch als Konkursanspruch entstanden, so kann ein solcher Anspruch, da er nur tributarische Befriedigung verlangen kann, nie gegen einen Massenanspruch aufgerechnet werden. Vgl. RG. 46 S. 98.

b. Nr. 2 § 55. Wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners zur Zeit der Konkurseröffnung nachher eine Forderung gegen den Gemeinschuldner erwirbt, ist die Aufrechnung selbstverständlich ausgeschlossen, wenn die Forderung ihrem Rechtsgrunde nach erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist, weil solche Forderung im Konkurse überhaupt nicht geltend gemacht werden kann, keine Konkursforderung ist. Dasselbe soll aber auch gelten, wenn die Forderung schon vor der Konkurseröffnung entstanden, aber erst nach der Konkurseröffnung durch den, der aufrechnen will, erworben ist, sei es durch Abtretung, durch Befriedigung, durch Erbgang. Denn in solchem Falle würde bei Zulassung der Aufrechnung eine Aufrechnungsbefugniß zum Nachtheil der Masse statuirt, die zur Zeit der Konkurseröffnung nicht bestand. Konnte die erworbene Forderung nur tributarische Befriedigung fordern, so kann sie auch nur so, mit dieser Qualität, auf den Erwerber übergehen, darauf, ob der Erwerber in bona oder mala fide, kommt deshalb nichts an. Vgl. ObTr. 9 S. 477. Ohnedies wäre namentlich dem Aufkauf von Forderungen durch Schuldner der Konkursmasse zum Nachtheil der Konkursgläubiger Thor und Thür geöffnet. Die Aufrechnungsmöglichkeit besteht nur für den Betrag, der bei der tributarischen Befriedigung aus der Masse auf die Forderung fällt; das versteht sich von selbst.

In RG. 51 S. 394 ist § 55 Nr. 2 nicht angewendet auf den Fall, wo der Schuldner, der zur Zeit der Konkurseröffnung zugleich Gläubiger des Gemeinschuldners war und hätte aufrechnen können, seine Forderung an einen Dritten cedirt hatte, um sich zeitweilig Kredit zu verschaffen, die Forderung sich aber der Abrede gemäß wieder hatte zurückabtreten lassen, um sie zur Aufrechnung zu verwenden. Die Aufrechnung ist hier zugelassen, mit Recht, weil die Lage der Konkursgläubiger, wie sie zur Zeit

der Konkurseröffnung gewesen, durch die Rückabtretung nicht verschlechtert wurde, die Anwendung des § 55 Nr. 2 KonkO. auf diesen Fall eine rein formale gewesen wäre.

c. Nr. 3 § 55. Vgl. § 10 EG. z. KO. Diese Ausschließung und Beschränkung der Aufrechnung im Konkurse beruht lediglich auf dem Gesichtspunkt, daß wer die Zahlungseinstellung oder den Antrag auf Konkurseröffnung kennt, sich durch freiwilligen Erwerb von Forderungen an den Gemeinschuldner nicht die Aufrechnungsmöglichkeit gegen Schuld an den Gemeinschuldner zum Nachtheil der anderen Konkursgläubiger verschaffen soll. Er zahlt seine Schuld voll und wird wegen der Forderung tributarisch wie die anderen Konkursgläubiger befriedigt, der Erwerb müßte denn früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Konkurses liegen; § 33 KonkO. Der Erwerb unterliegt insoweit der Anfechtung, als er zur Aufrechnung benutzt werden soll. Den Anfechtungsgrund hat der Verwalter im Konkurse zu beweisen, dem bei Einklagung der Forderung die Aufrechnung entgegengesetzt wird.

VII. 36. Ob Aufrechnung im inländischen Konkurse zulässig, ist nach der Natur der Vorschriften über diese Aufrechnung nach dem Recht des Konkursortes zu beurtheilen; §§ 4, 5 KonkO. Diese Vorschriften auf den Fall des Konkurses im Auslande anzuwenden, erscheint durch §§ 237, 238 KonkO. ebenso ausgeschlossen, wie die Anwendung der Vorschriften ausländischen Konkursrechts über die Aufrechnung zum Nachtheil des Inländers, der sich vor dem inländischen Richter auf Aufrechnung beruft. In ObTr. 9 S. 477 ist das Gegentheil angenommen, in ObTr. 35 S. 397 die comp. des inländischen Schuldners gegen die Klage des ausländischen Konkursverwalters nach ALR. beurtheilt. Darauf beruhen auch OHG. 3 S. 64, 7 S. 16, 24; 9 S. 7, 9ff.; 15 S. 8.

Auch außerhalb des Konkurses ist die Frage, ob der inländische Schuldner mit seiner Forderung aufrechnen kann, die Voraussetzung und die Wirkung der Aufrechnung, grundsätzlich nach inländischem Recht zu beurteilen. Das fremde Recht kann die Ausübung eines Rechts nicht hindern, das von dem Recht gestattet, dem der Schuldner, der es ausübt, unterworfen ist. Vgl. RG. 5 S. 124, 130; 26 S. 66, 67.

Bezüglich der zeitlichen Anwendung des Rechts über die Aufrechnung ist klar, daß Voraussetzung und Wirkung vor dem 1. Januar 1900 erklärter Aufrechnung nach dem früheren Recht zu beurtheilen ist, ebenso die Wirkung einer Aufrechnung, die ohne das Erforderniß der Erklärung vor dem 1. Januar 1900 eingetreten ist, und die Wirkung einer vor dem BGB. erfolgten Zahlung einer Forderung, gegen die aufgerechnet werden konnte. Aus Art. 170 EG. folgt ferner, daß eine Forderung, die nach altem Recht durch Aufrechnung nicht getilgt werden konnte, auch nach neuem Recht nicht durch Aufrechnung getilgt werden kann, weil dem Gläubiger das gesetzliche Recht auf Befriedigung — ohne Aufrechnung ebensowenig entzogen werden kann, wie das vertragsmäßige Recht auf solche Befriedigung, das neue Recht müßte denn zwingendes Recht sein. Aus dem BGB. ist nicht zu entnehmen, daß es sich für die Aufrechnung grundsätzlich rückwirkende Kraft hat beilegen wollen. Es fragt sich immer nur, ob und wieweit im einzelnen Falle Rückwirkung vorliegt, d. h. bei Anwendung des neuen Rechts in subjektives Recht eingegriffen wird. In RG. 50 S. 38 ist mit Recht für den Fall eines 1895 gegebenen depos. irr., gegen welches die Aufrechnung nach früherem Recht ausgeschlossen war, die Aufrechnung auch nach dem

1. Januar 1900 nicht zugelassen, weil der Deponent ein Recht auf Leistung ohne Aufrechnung hatte.

Aus dem Grundsatz der Nichtrückwirkung und dem des § 389 folgt dagegen nicht, daß eine Aufrechnungserklärung, die, wenn vor dem BGB. erklärt, gewirkt hätte, auch bei Erklärung nach dem 1. Januar 1900 so wirkt, wie wenn sie vorher erklärt wäre. Wenn die Aufrechnungsmöglichkeit nicht wie nach C. c. die Aufrechnung ohne Erklärung bewirkt, sondern Erklärung fordert, auf die verzichtet und die versäumt werden kann, kann Aufrechnungserklärung nach dem 1. Januar 1900 wie jedes andere einseitige Rechtsgeschäft nur unter den Voraussetzungen, in der Form und mit den Folgen des BGB. wirken. Ist die bis 1. Januar 1900 zulässige Aufrechnungserklärung nach dem BGB. unstatthaft, so kann sie nicht bloß um deswillen zugelassen werden, weil sie vor dem BGB. statthaft war. Denn die Aufrechnungsmöglichkeit des Gesetzes, die Aufrechenbarkeit, kann als wohlerworbenes Recht grundsätzlich nicht angesehen werden. Ausnahmsweise kann der Inhalt des Schuldverhältnisses zu abweichendem Ergebniß führen. Ist Bürgschaft nach altem Recht übernommen und nach diesem der Bürge berechtigt, mit Forderung des Hauptschuldners aufzurechnen und sich so zu befreien, so kann das neue Recht ihm diese Möglichkeit nicht nehmen, weil dadurch seine Verpflichtung erschwert werden würde. Der allgemeine Grundsatz der Aufrechenbarkeit ist hier für die Bürgschaft so gestaltet, daß er die Bürgschaftsverpflichtung qualifizirt. Die §§ 394, 395 BGB. müssen, da sie im öffentlichen Interesse ergangen, sofort Anwendung finden und die Aufrechnung gegen die bezeichneten Forderungen ausschließen, mag die Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, vor oder nach dem 1. Januar 1900 entstanden sein. Auch im Falle des § 393 liegt kein Anlaß vor, die vor dem 1. Januar 1900 zulässig gewesene, aber nicht erklärte Aufrechnung nach dem 1. Januar 1900 zuzulassen; unzulässig ist die Aufrechnung unter allen Umständen mit einer erst nach dem 1. Januar 1900 entstandenen Forderung, da solche Aufrechnung auch vor dem BGB. nicht statthaft gewesen wäre.

Im Falle des § 396 ist die vor dem BGB. erklärte oder streitig gewordene Aufrechnung natürlich nach früherem Recht zu beurtheilen; kommt die Frage der Aufrechnung erst nach dem BGB. zur Sprache, so ist sie nach § 396 zu entscheiden.

---

4. Titel. Erlaß.

§ 397. Das Schuldverhältniß erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erläßt.[1—5])

Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, daß das Schuldverhältniß nicht bestehe.[6])

Erlaß (Entsagung, Verzicht). § 397. Entw. I § 290; II § 341; III § 391. ALR. I 16 §§ 378—404. SBGB. §§ 998, 999, 1000. C. c. art. 1234, 1282—1288. — W. 2 §§ 357, 358. D. PrPr. 1 § 85. RE. 3 Nr. 266. D. BR. 2 § 130. Endemann 1 § 149. Cosack 1 § 113. Crome, System 2 § 195. Gruchot Bd. 47 S. 221.

1. Der Erlaß als Modus der Tilgung von Schuldverhältnissen steht unter der allgemeinen Kategorie der Entsagung der Rechte, des Verzichts, für welche das BGB. allgemeine Grundsätze nicht aufstellt. So behandelte ihn das ALR. I 16 §§ 378, 379 mit der übrigens nicht überall festgehaltenen Unterscheidung zwischen Erlaß als Entsagung erworbenen, und Verzicht als Entsagung noch zu erwerbenden Rechts. Das LR. bringt damit in Verbindung die Entsagung der Einwendungen, besonders im Prozeß, §§ 382—386 I 16, §§ 193—199 I 5, bei der es sich wie bei Vertrag über Verjährung, BGB. § 225, Gewährleistung, BGB. § 276 Abs. 2, §§ 476, 540, 637, nicht um Erlaß, sondern die Gestaltung des obligatorischen Verhältnisses bzw. um die Wirkung der Rechtskraft handelt. RE. 3 Nr. 266, S. 177—179. Das BGB. behandelt in § 397 lediglich den Erlaß als Aufhebungsart von Schuldverhältnissen, in denen sich Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen, die vertragsmäßig übereinkommen, daß die Schuld erlassen sein soll. Nach Abs. 2 § 397 wirkt dem Erlaß gleich, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, daß das Schuldverhältniß nicht besteht, d. h. nie bestanden hat oder nicht mehr besteht.

Erlaß durch Vermächtniß, legatum liberationis, liberatio legata, kennt das BGB. nicht, d. h. Vermächtniß solchen Inhalts wirkt nicht nach § 397, sondern immer nur gemäß §§ 2174, 2192 ff. als obligatorische Verpflichtung des Beschwerten. Eigenthum kann nicht erlassen, aber aufgegeben werden, um darauf zu verzichten, bei beweglichen Sachen durch Aufgeben des Besitzes (Dereliktion), § 959, bei Grundstücken durch Eintragung des Verzichts in das Grundbuch, § 928. Verzicht zu Gunsten eines Anderen ist immer Veräußerung und wirkt als solche. Vgl. § 976 (Verzicht des Finders auf die Fundsache), § 2350 (Erbverzicht zu Gunsten eines Anderen). Gegenstand des Erlasses im Sinn des § 397 kann nur Forderung und Schuld aus der Verletzung des Eigenthums sein, BGB. §§ 861, 862, nicht das Eigenthum. Besondere Vorschriften über Verzicht eines antheilberechtigten Abkömmlings auf seinen Antheil am Gesammtgut in der fortgesetzten GG.: vgl. in §§ 1491, 1501, 1503, 1517; sie lassen einseitigen Verzicht und Verzicht durch Vertrag zu. Nicht unter § 397 fällt das Aufgeben dinglicher Rechte wie Pfandrecht, Hypothek, Grundschuld, Grundgerechtigkeit, Nießbrauch, deren Inhalt nicht lediglich ein Schuldverhältniß, sondern an erster Stelle eine Macht, ein Recht, eine Befugniß gegen Jeden begründet. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Berechtigte auf solche Macht einseitig verzichten kann; der Verzicht muß nur erklärt werden; der einseitige Verzicht genügt; fremdes

Recht wird dadurch natürlich nicht berührt. Vgl. § 1056 Abs. 2 Satz 2 (Vermiethung, Verpachtung durch den Nießbraucher).

Alle diese Rechte können auch durch Vertrag aufgehoben werden, aber zur Aufhebung des Faustpfandrechts genügt die Rückgabe des Pfandes an den Verpfänder, § 1253 Abs. 1, und die einseitige Erklärung des Pfandgläubigers dem Verpfänder oder dem Eigenthümer gegenüber, daß er das Pfandrecht aufgebe, § 1255 Abs. 1, § 1293. Ebenso kann auf Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Nießbrauch, Grunddienstbarkeit einseitig verzichtet werden, §§ 875, 1168 (1175, 1192), 1064. Ueber Verzicht auf Ueberbaurente vgl. §§ 912 ff. Ueber Verzicht auf den Nießbrauch am Kindesvermögen vgl. §§ 1662, 1668. Nicht unter § 397 fällt ferner Erbschaftsentsagung, §§ 1942 ff., 2346 ff., der in § 517 erwähnte Verzicht, ferner der Verzicht in § 2012, der Verzicht auf die Rücknahme des Hinterlegten in § 376. Nicht um Erlaß, sondern um Gestaltung des obligatorischen Verhältnisses handelt es sich auch nach BGB. bei Verzicht auf Haftung des Schuldners in § 276 (§ 278 Satz 2), auf das Kündigungsrecht in §§ 723, 671, 544 (581 Abs. 2), bei dem Erlaß der Gewährleistung, §§ 476, 540, 637, StrA. 34 S. 113, bei dem Verzicht in §§ 533, 2245 Abs. 2, 768, 1136, 1211, in § 151 (Verzicht auf die Annahmeerklärung), in § 658, in §§ 773 Nr. 1, 1245 Abs. 2.

Das Recht, ein Rechtsmittel einzulegen, ist ein Recht, auf das verzichtet, dessen Geltendmachung entsagt werden kann, sei es durch Vertrag mit dem Gegner, sei es nach §§ 346, 514, 521, 566 CPO. durch einseitige Erklärung des Berechtigten, sei es dem Prozeßgericht, sei es dem Gegner gegenüber. Nach § 843 CPO. kann der Gläubiger auf die Rechte aus Pfändung und Ueberweisung zur Einziehung verzichten; der Verzicht erfolgt durch einseitige, dem Schuldner zuzustellende Erklärung. Für Aufgabe des Pfändungspfandrechts an Sachen gilt nichts Besonderes.

Der Pflichttheil ist, wenn der Berechtigte nicht Erbe, § 2304, ein mit dem Erbfalle entstehender Anspruch, §§ 2317, 1973, durch den der Berechtigte Gläubiger, der Erbe Schuldner wird. Vor dem Erbfall unterliegt der Verzicht, die Entsagung auf ihn, den Vorschriften über den Erbverzicht, §§ 2346 ff. (Vertrag). Vgl. §§ 1406, 1643, 1822 Nr. 2. Der entstandene Pflichttheilsanspruch ist Gegenstand des Erlasses im Sinne des § 397. Um Erlaß handelt es sich auch in §§ 1614, 1714.

2. Von dem Erlaß verschieden ist die vertragsmäßige Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses, über welche das BGB., anders wie ALR. I 5 §§ 385 ff., SBGB. §§ 1000, 1006, keine besonderen Vorschriften enthält. Vgl. oben zu §§ 362 ff. S. 261 unter b. Solche Aufhebung unterliegt nach BGB. den allgemeinen Grundsätzen der Verträge; sie ist bei gegenseitigen, wie bei einseitigen Verträgen möglich. Es ist ein anderes, wenn nach übernommener Bürgschaft und bevor ein Anspruch gegen den Bürgen geltend gemacht werden kann, Gläubiger und Bürge übereinkommen, daß Recht und Pflicht aus der Bürgschaft aufgehoben sein soll, wie wenn sie nie bestanden, ein anderes, wenn der Gläubiger in diesem Fall einseitig dem Bürgen gegenüber erklärt, er verzichte auf das Recht aus der Bürgschaft, und ein anderes, wenn er, nachdem der Bürge aus der Bürgschaft etwas schuldig geworden, ihm die Schuld erläßt. In allen Fällen ist einseitige Erklärung des Gläubigers einem Dritten oder doch nicht dem Bürgen gegenüber grundsätzlich bedeutungslos, weil Entsagung und Verzicht wie Erlaß rechtsgeschäftliche, empfangsbedürftige Willenserklärung ist.

Ueber Entsagung, Erlaß von Einreden, Verzicht darauf stellt das BGB. allge-

meine Grundsätze nicht auf. Die im ALR. I 16 §§ 382 ff. behandelte stillschweigende Entsagung der Einreden durch Nichtgebrauch im Prozeß gehört in die Lehre von der Rechtskraft und deren Wirkung. Danach und nach der CPO. gehen nur solche Einreden durch Nichtgebrauch im Prozeß verloren, welche die Einlassung auf den Prozeß betreffen, CPO. § 274 Abs. 3, und aus dem streitigen Sach- und Rechtsverhältniß entspringen, nicht solche, die zur Grundlage selbständiger Rechtsverfolgung dienen. Der zur Exmission verurtheilte Pächter (Miether) geht seines Eigenthumsanspruchs an der Pachtsache dadurch nicht verlustig, daß er auf die Exmissionsklage sein Eigenthum nicht geltend macht, und die Forderung des Schuldners an den klagenden Gläubiger dadurch nicht, daß er nicht aufrechnet, StrA. 20 S. 272, RG. 10 S. 202, der Anspruch auf Ersatz von Verwendungen nicht durch Herausgabe der Sache, §§ 256, 257 BGB. Vgl. oben S. 67 unter 54, 55. Vgl. andere Beispiele in RE. 3 Nr. 266.

Vertragsmäßige Entsagung von Einreden fällt nicht unter § 397, weil sie, falls sie nicht durch das Gesetz ausgeschlossen, §§ 134 ff., 225, 276 Abs. 2, 476, 540, 637 u. a., entweder ein gleichzeitig begründetes Rechtsverhältniß gestaltet oder ein begründetes abändert, oder ein neues begründet, wie z. B. bei dem Verzicht auf die Einrede der vollendeten Verjährung, § 222 Abs. 2. OHG. 4 S. 377, 6 S. 229, 364; 23 S. 28. Das BGB. steht auch nicht entgegen, ein neues Rechtsverhältniß dadurch zu begründen, daß vertragsmäßig bestimmt wird, eine erfolgte Zahlung oder Aufrechnung solle als nicht geschehen behandelt werden.

Alle diese Fälle der Entsagung, des Verzichts, des Erlasses haben mit dem Erlaßvertrag in § 397 nichts zu thun.

3. Erlaß im Sinne des § 397 ist die vertragsmäßige Tilgung von Forderung und Schuld dadurch, daß der Gläubiger dem Schuldner gegenüber die Schuld erläßt, der Schuldner diese Erklärung annimmt. Erlaß ist einseitiger Vertrag, wie im bisherigen Recht. l. 91 D. 46, 3. ALR. I 16 § 388. SBGB. § 998 Satz 2. Wider seinen Willen wird dem Schuldner nichts erlassen, der leisten und sich nicht beschenken lassen will, auch ein Interesse daran haben kann, durch Leistung befreit zu werden. Dem steht nicht entgegen, daß der Schuldner durch Leistung und Schuldübernahme Seitens eines Dritten selbst wider seinen Willen befreit werden kann. Solche Leistung eines Dritten kommt ihm immer wie eigene Leistung zu gut und fällt aus dem Rahmen des Erlasses. Die Erlaßerklärung bedarf der Annahme durch den Schuldner. Erlaß einem Dritten gegenüber ist wirkungslos für und gegen den Schuldner, die Erklärung müßte denn für den Schuldner bestimmt, ihm zugegangen und von ihm angenommen sein, wie z. B. der Erlaß der Rechenschaftsablage Seitens des Vormundes, der nur dem Vormundschaftsgericht erklärt ist, oder der in öffentlicher Urkunde erklärte Erlaß, wenn die Urkunde dem Schuldner nicht zugegangen ist. Es ist damit nicht anders wie mit der Abtretungserklärung, die einseitig abgegeben und nicht acceptirt ist. § 398.

Als Vertrag unterliegt der Erlaß den allgemeinen Grundsätzen der Verträge in Bezug auf die Perfektion, §§ 146 ff., den Inhalt, und auch bezüglich der Form. Erlassen kann nur, wer geschäftsfähig und über den Gegenstand des Erlasses auch durch Erlaß zu verfügen berechtigt ist. Vgl. BGB. § 1804 (Vormund). Die Vollmacht ist regelmäßig darauf nicht zu erstrecken. Die Prozeßvollmacht ermächtigt nach §§ 81, 83 CPO. zur Verzichtleistung auf den Streitgegenstand, also auch zum Erlaß der klagend geltend gemachten Forderung (Gegenforderung). Der Erlaß muß einen bestimmten

oder bestimmbaren Gegenstand haben, darf nicht unerlaubt sein, nicht gegen die guten Sitten verstoßen, was in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ALR. I 16 § 400 (Erlaß der Forderung aus künftiger unerlaubter Handlung), wie dies z. B. in ObTr. 29 S. 273 für den vertragsmäßigen Verzicht auf Ehescheidungsstrafe im Falle künftiger Ehetrennung angenommen ist. Vgl. auch OHG. 23 S. 324, StrA. 64 S. 237, 69 S. 46 (Verzicht auf Kündigung in Gesellschafts- und Vollmachtsverhältnissen). Nach BGB. §§ 1614, 1714 ist Verzicht auf künftigen Unterhalt unzulässig, und zwischen Vater und unehelichem Kind unentgeltlicher Verzicht auf den Unterhalt für die Zukunft nichtig. Andere Fälle unzulässigen Erlasses enthalten HGB. II §§ 172, 205, 213, 342, das Gesetz betr. die Ges. m. b. H. § 18, Genossensch.Ges. § 22 u. a.

Nach ALR. I 16 § 381 erforderte der Erlaß stets ausdrückliche Willenserklärung, nach I 5 §§ 133, 134 die Schriftform bei Objekt über 50 Thlr., und nach § 392 bedurften gerichtliche Entsagungen keiner Annahme, d. h. Entsagungen dem berufenen Gericht gegenüber. Die Annahme des bei der Entsagung zurückgegebenen Instruments sollte der ausdrücklich erklärten Annahme gleichstehen, aus der bloßen Rückgabe des Instruments über eine nicht durch Zahlung zu erfüllende Verbindlichkeit aber allein noch kein Erlaß gefolgert werden, §§ 389, 390 I 16. Das BGB. fordert wie grundsätzlich das SBGB. und der C. c. keine besondere Form für den Erlaßvertrag. Erklärung und Annahme können ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Das gilt auch dann, wenn der Erlaß unentgeltlich erfolgt, RG. 53 S. 294. Solchen Erlaß achtete ALR. I 16 § 393 in der rechtlichen Wirkung der Schenkung gleich; die gerichtliche Form, die in I 11 § 1063 für Schenkungsverträge vorgeschrieben und ohne welche auf Erfüllung nicht geklagt werden konnte, wurde aber nach feststehender Praxis, ObTr. 5 S. 261 (PlPr. 801), nicht gefordert, weil Verzicht und Erlaß befreiend wirke, keinen Anspruch auf Erfüllung oder eine Verpflichtung zur Erfüllung übrig lasse. Ebenso nach C. c.; anders SBGB. § 999. Nach BGB. ist dies ganz zweifellos, weil der Erlaßvertrag nach § 397 durch sich selbst das Erlöschen von Forderung und Schuld bewirkt, im Falle des schenkungsweisen Erlasses die Bewirkung der Leistung in sich enthält, nach § 518 Abs. 2 der Mangel der Form unschädlich ist. Vorausgesetzt ist nur Erlaß unter Lebenden, wie er in ObTr. 5 S. 261, RE. 3 Nr. 266 Erk. c, vorlag, wo der Darlehnsgläubiger dem Schuldner einen Revers dahin ausgestellt hatte, daß dem Schuldner zwei abgetretene Lebensversicherungspolizen zurückgegeben, das Darlehn als getilgt angesehen werden solle, falls der Gläubiger vor dem Schuldner sterbe, ohne über die Polizen verfügt zu haben. ALR. I 11 §§ 1134 ff. Nach BGB. § 2301 unterliegt ein Schenkungsversprechen unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, den Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen (Vermächtnißvertrag. §§ 1941, 2276); Erlaß zum Zwecke der Schenkung unter gleicher Bedingung fällt nicht unter § 397, weil er nicht unter Lebenden wirkt. Ebenso begründet der einem Anderen vom Gläubiger ertheilte Auftrag, dem Schuldner den Schuldschein nach dem Tode des Gläubigers zurückzugeben, keinen Erlaß im Sinne des § 397, sondern nur einen Anspruch auf Ausführung des Auftrages, der aber versagt, weil der Auftrag nichts ist, als der Auftrag zur Ausführung eines Vermächtnisses, der ohne die Form des Vermächtnisses selbst rechtlich unwirksam ist. Vgl. den Fall RG. 42 S. 133 zu §§ 167 ff., oben Bd. 1 S. 270. Anders ist es, wenn der Gläubiger bei Lebzeiten dem Schuldner erklärt, die Wechsel über das ihm gegebene Darlehn habe er zerrissen,

der Schuldner sei frei, er habe nur Zinsen zu zahlen, so lange der Gläubiger lebe. Das ist wirklicher Erlaß unter Lebenden.

Ob stillschweigende Annahme vorliegt, kann zweifelhaft werden, namentlich im Falle des § 151, der auch hier Anwendung findet, und wie zu § 151, Bd. 1 S. 218, dargelegt, von der Annahme nicht dispensirt, nur von ihrer Erklärung absieht. Stillschweigende Erklärung des Erlasses kann in der Rückgabe des Schuldscheins liegen, vgl. ALR. I 16 § 390 und oben zu §§ 368, 369, 371 S. 284, 285, und besonders in der wissentlichen Quittirung unbezahlter Schuld, wenn sie nicht in der Erwartung der Leistung geschehen. Vgl. oben S. 288, 289 darüber und über die Frage der Beweislast. Vermuthungen des Erlasses, wie sie C. c. art. 1282, 1283 aufstellte, enthält das BGB. nicht. Es spricht auch den Satz des § 392 I 16 ALR. nicht aus, daß gerichtliche Entsagung der Annahme nicht bedarf. Nach CPO. §§ 346, 514, 566 bedarf, wie erwähnt, der Verzicht auf die ordentlichen Rechtsmittel der Annahme durch den Gegner nicht, wenn er nach Erlaß des Urtheils erklärt ist, ebenso nicht der Verzicht in § 843 CPO., aber Verzicht bei der mündlichen Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, der dem Erlaß gleichsteht, wenn es sich um Forderung und Schuld handelt, führt zur Abweisung der Klage nur, wenn der Gegner sie beantragt; in dem Antrage ist die Annahme des Erlasses zu finden.

Schweigen auf Erlaßforderung, die der Schuldner an den Gläubiger richtet, kann nie allein zu der Annahme führen, daß der Gläubiger erlassen habe. StrA. 72 S. 132, wo dem Beamten, der mit bestimmter Pension angestellt, ein Beschluß der Kommunalbehörde zur Kenntnißnahme vorgelegt war, der die Pension herabsetzte. Daß der Beamte sein „Gesehen" beigesetzt, konnte ihn des Anspruchs auf die höhere Pension nicht verlustig machen. Annahme einer kleineren Summe durch den Gläubiger, als er zu fordern hat, ist nicht Erlaß des Restes, OHG. 16 S. 176, 183, selbst wenn die Zahlung unter der Bedingung des Erlasses erfolgt ist, wenn nicht durch die Annahme der Bedingung der Erlaßvertrag zu Stande gekommen ist.

4. Die Wirkung des perfekten Erlaßvertrages ist nach § 397 Tilgung des Schuldverhältnisses, soweit der übereinstimmende Wille reicht; er wirkt nicht bloß, daß der Gläubiger verpflichtet ist, die Forderung nicht geltend zu machen (pact. de non petendo). Die Tilgung ist unwiderruflich, soweit das Gesetz nicht den Widerruf gestattet. Der Erlaß kann sich auf die ganze Schuld oder einen Theil erstrecken, sich auf das Kapital beschränken und den Zinsanspruch übrig lassen, der dann als selbständiger Anspruch weiterlebt, wenn auch Zinsanspruch ohne Kapitalanspruch sonst rechtlich nicht besteht. RG. 53 S. 294. Ebenso kann persönliche Schuld und Hypothek oder eines von beiden erlassen werden; der Erlaß der persönlichen Schuld dem Eigenthümer gegenüber unter Vorbehalt der Hypothek hat die Bedeutung, daß der Gläubiger seinen Anspruch auf die Befriedigung aus dem Grundstück beschränkt. Vgl. RG. 45 S. 185. Der Erlaßvertrag wirkt durch sich selbst wie Tradition und Cession. Mehr als der Erlaßvertrag ist nicht erfordert; namentlich ist nicht erforderlich, daß die Schuldurkunde zurückgegeben oder amortisirt wird. Das gilt auch für Wechsel, Hypothek, Grundschuld. Auf den Erlaßvertrag bezieht sich § 875 Abs. 2 nicht. Wie nach ALR. kann der Hypothekenschuldner den klagenden Erben des Gläubigers entgegensetzen, daß der Gläubiger ihm Hypothek und persönliche Schuld erlassen, auch wenn ihm das Dokument nicht zurückgegeben. StrA. 43 S. 268, 95 S. 278. Im letzteren Falle hatte der Hypothekengläubiger C in dem Kauf-

vertrage zwischen A und B auf das Hypothekenrecht (nicht auf die persönliche Forderung gegen A) verzichtet. Bei der Subhastation in den Händen des B entstand Streit, ob das Perzipiendum, das auf die ungelöscht gebliebene Hypothek gefallen, dem B oder den nacheingetragenen Gläubigern zustehe. Der zweite Richter nahm an, daß die postlozirten Gläubiger aus der Entsagung kein Recht herleiten könnten, weil die Hypothek ungelöscht geblieben. Das ObTr. spricht aus, daß die Hypothek durch den Vertrag ohne Löschung erloschen, die Nichtlöschung nur zu Gunsten des gutgläubigen Dritten Bedeutung habe. Vgl. BGB. §§ 1183, 1168. Nicht anders ist es beim Wechsel; dem gutgläubigen Wechselinhaber kann der Erlaß nicht entgegengesetzt werden. Unwissentliche Zahlung erlassener Forderung begründet die cond. indebiti. BGB. § 814. RG. 35 S. 217. Nach BGB. kann nicht davon die Rede sein, daß der freiwillige Erlaß etwa eine natürliche Verbindlichkeit übrig läßt. Erlaß dem Hauptschuldner gegenüber wirkt für den Bürgen, — abgesehen von dem Fall des unfreiwilligen Erlasses durch Akkord, KonkO. § 193, — und den dritten Verpfänder. Erlaß dem Bürgen gegenüber läßt natürlich die Hauptschuld bestehen, schließt nur die Regreßforderung durch den Bürgen aus. Vgl. RG. 4 S. 77, 81; 9 S. 266, 269.

Nach §§ 423, 429 Abs. 3 wirkt Erlaßvertrag zwischen Gläubiger und Gesammtschuldner und zwischen Gesammtgläubiger und Schuldner für alle Schuldner und gegen alle Gläubiger nur dann, wenn dies gewollt. ALR. I 5 §§ 435—437. C. c. art. 1284—1288 (Erlaß in rem, in personam). Der § 423 läßt keine Bedenken mehr darüber, daß der correus durch Vertrag mit dem Gläubiger den anderen correus befreien kann. Vgl. für gem. Recht RG. 11 S. 124, 126, 127. OHG. 11 S. 92, 14 S. 165, 179.

5. Es versteht sich nach BGB. von selbst, daß der Erlaßvertrag wie jedes Rechtsgeschäft an Bedingung, aufschiebende und auflösende, und an Zeitbestimmung geknüpft werden kann, der Anfechtung wegen Irrthums, Täuschung, Zwangs und als liberale Zuwendung Seitens der Gläubiger im Konkurse und außerhalb desselben unterliegt. Mit der erfolgreichen Anfechtung wegen Irrthums, Betrugs, Drohung fällt der Erlaß als nichtig fort, ebenso wie wenn er wegen Geschäftsunfähigkeit, Simulation oder sonst nichtig. Anders wirkt die Anfechtung Seitens der Gläubiger. Auch daß der Erlaß unmittelbar durch sich selbst die Tilgung wirkt, kann durch den Willen der Parteien ausgeschlossen werden, so daß er nur eine Einrede gegen den Gläubiger oder dessen Erben begründet, die Geltendmachung der Forderung dauernd oder für eine Zeit ausschließt. Dann wird es sich regelmäßig um ein pact. de non petendo handeln wie bei dem formlosen Erlaß des röm. Rechts im Gegensatz zur acceptilatio. Die Zulässigkeit eines solchen pact. nach BGB. ist unbedenklich, obgleich solch pact. nicht besonders behandelt ist. Gedacht ist der Erlaßvertrag in § 397 als abstrakter Vertrag, der ohne Rücksicht auf seinen Rechtsgrund die Tilgung durch sich selbst wirkt. Der § 290 Entw. I bestimmte in Abs. 2, 4 ausdrücklich, daß die Angabe des Rechtsgrundes für den Erlaßvertrag nicht erforderlich, seine Wirksamkeit unabhängig davon, daß der vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden, ungültig, oder daß die Kontrahenten verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben. Die Vorschriften (§§ 731 bis 741 Entw. I) wegen ungerechtfertigter Bereicherung sollten Anwendung finden, namentlich wenn der Erlaß unter der Voraussetzung erklärt, daß die erlassene Schuld nicht bestehe.

Im BGB. sind diese Vorschriften als überflüssig gestrichen. Aus § 812 Abs. 2 ergiebt sich, daß das durch Vertrag anerkannte Nichtbestehen eines Schuldverhältnisses wie eine Leistung kondizirt werden kann, wenn der rechtliche Grund fehlte oder fortgefallen oder der bezweckte Erfolg nicht erreicht ist. Der Erlaßvertrag kann nicht anders behandelt werden; er hat die Natur der Leistung noch mehr, als der negative Schuldanerkennungsvertrag. Die Wirkung des Erlasses bleibt bestehen, auch wenn er materiell ungerechtfertigt; das Schuldverhältniß bleibt getilgt, was von Bedeutung für die Nebenrechte, Pfand, Bürgschaft. Aber der befreite Schuldner muß herausgeben, was er ohne Grund erlangt hat oder hat. Das gilt, mag der Gläubiger erlassen haben, um zu schenken, der Schuldner den Erlaß angenommen haben, weil die Schuld nie bestanden oder getilgt, der Gläubiger erlassen haben, weil er angenommen, die Forderung bestehe nicht oder nicht mehr, obwohl sie bestand, oder erlassen haben nur gegen eine vom Schuldner versprochene oder bewirkte Leistung, die dann ausbleibt oder fortfällt. Eine andere Frage ist, ob diese Trennung des Erlaßvertrages von seinem Rechtsgrunde legislatorisch gerechtfertigt. Ihering, Jahrb. 27 S. 397 ff. (Strohal). Gewollt ist sie. Daß der Erlaßvertrag den Erlaß ausdrücklich oder stillschweigend an die Gültigkeit des angegebenen Rechtsgrundes knüpfen kann, ist selbstverständlich.

Zu begründen ist die cond. bei dem Erlaßvertrage durch die Behauptung und den Nachweis des vorausgesetzten Rechtsgrundes und seines Nichtbestehens.

6. In Abs. 2 § 397 ist dem Erlaßvertrag der Vertrag gleichgestellt, durch den der Gläubiger anerkennt, daß das Schuldverhältniß nicht bestehe. (Negativer Schuldanerkennungsvertrag.) Das Anerkenntniß, daß das Schuldverhältniß nicht bestehe, d. h. nie bestanden habe oder nicht mehr bestehe, wirkt als Ersatz die Tilgung. In Wahrheit enthält das vertragsmäßige Anerkenntniß, daß ein Schuldverhältniß, das wirklich nicht besteht, nicht bestehe, die vertragsmäßige Feststellung, daß es nicht besteht, also mehr als ein Geständniß, das widerrufen werden kann. Besteht das Schuldverhältniß, so ist das vertragsmäßige Anerkenntniß des Gläubigers, daß es nicht besteht, materiell Erlaß; wird das Anerkenntniß, daß es nicht bestehe, abgegeben, weil der Gläubiger irrthümlich annimmt, es bestehe nicht, obwohl es besteht, so gilt dasselbe, wie beim Erlaß. Der Gläubiger fordert zurück, was der Schuldner durch den Vertrag gewonnen, d. h. er fordert die erlassene Leistung, muß aber darlegen, daß die Schuld besteht und daß das Anerkenntniß abgegeben, weil angenommen, die Schuld bestehe nicht. Denn im Sinne des § 397 Abs. 2 umfaßt der negative Anerkennungsvertrag, wenn sein Inhalt selbst nichts anderes ergiebt, auch den Fall, daß ein Schuldverhältniß als nicht bestehend anerkannt wird, obwohl es besteht. Der Vertrag ist wirklicher Erlaßvertrag. Schollmeyer zu § 397 unter 2 und dagegen Planck zu § 397 unter 5. Für die Form dieses Vertrages und sonst gilt dasselbe wie für den Erlaßvertrag.

Die Decharge hat die rechtliche Natur dieses Vertrages, nicht der einfachen Quittung. Vgl. darüber oben zu §§ 368, 369, 371 S. 289 unter 24 a. E. und Dernburg, BR. 2 § 40.

Ueber den Akkord im Konkurse, der regelmäßig zwangsweisen Erlaß enthält, vgl. KonkO. §§ 173 ff. Crome, System 2 § 195 unter III.

4. Abschnitt. Uebertragung der Forderung.

§ **398.** Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem Anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschlusse des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.[1—7, 14—20])

§ **399.** Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist.[8—10, 11, 18])

§ **400.** Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist.[12, 13])

§ **401.** Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über.

Ein mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann auch der neue Gläubiger geltend machen.[14, 19, 20])

§ **402.** Der bisherige Gläubiger ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nöthige Auskunft zu ertheilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern.[14, 18])

§ **403.** Der bisherige Gläubiger hat dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen. Die Kosten hat der neue Gläubiger zu tragen und vorzuschießen.[18])

§ **404.** Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren.[23, 25—31])

§ **405.** Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt oder daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte.[11, 22, 24, 27])

§ **406.** Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, daß er bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntniß hatte oder daß die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntniß und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.[14, 21, 24, 27—31])

§ **407.** Der neue Gläubiger muß eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes

Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt.

Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urtheil über die Forderung ergangen, so muß der neue Gläubiger das Urtheil gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat.[14, 21—23, 26, 27])

§ 408. Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den Dritten leistet oder wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zu Gunsten des Schuldners die Vorschriften des § 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, daß die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei.[14, 18, 21—23, 26, 27])

§ 409. Zeigt der Gläubiger dem Schuldner an, daß er die Forderung abgetreten habe, so muß er dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist. Der Anzeige steht es gleich, wenn der Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner vorlegt.

Die Anzeige kann nur mit Zustimmung desjenigen zurückgenommen werden, welcher als der neue Gläubiger bezeichnet worden ist.[21, 22, 26, 27])

§ 410. Der Schuldner ist dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet. Eine Kündigung oder eine Mahnung des neuen Gläubigers ist unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung einer solchen Urkunde erfolgt und der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der bisherige Gläubiger dem Schuldner die Abtretung schriftlich angezeigt hat.[21, 22, 26])

§ 411. Tritt eine Militärperson, ein Beamter, ein Geistlicher oder ein Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt den übertragbaren Theil des Diensteinkommens, des Wartegeldes oder des Ruhegehalts ab, so ist die auszahlende Kasse durch Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger ausgestellten, öffentlich beglaubigten Urkunde von der Abtretung zu benachrichtigen. Bis zur Benachrichtigung gilt die Abtretung als der Kasse nicht bekannt.[21])

§ 412. Auf die Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes finden die Vorschriften der §§ 399—404, 406—410 entsprechende Anwendung.[2, 3])

§ 413. Die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen finden auf die Uebertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt.[26, 32])

Uebertragung der Forderung (Cession). §§ 398—413. Entw. I §§ 293 bis 313; II §§ 342—356; III §§ 392—407. ALR. I 11 §§ 376—444. SBGB. §§ 953 bis 975. C. c. art. 1689—1701. — W. 2 §§ 329 ff. D. PrPr. 2 §§ 86 ff. D. BR. 2 §§ 133 ff. Eccius 1 § 99. RE. 2 Nr. 211—213. Endemann 1 §§ 151, 152 und Cosack 1 §§ 114, 115. Crome 2 § 21 (französ. R.). Crome, System 2 §§ 197 ff. Jhering, Jahrb. 45 S. 391 ff. (Lippmann, Cession rechtshängiger Klageansprüche).

I. 1. Der Abschnitt behandelt die vertragsmäßige Uebertragung der Forderung. Ueber Uebertragung durch Erbgang vgl. oben zu §§ 362 ff. S. 267, 268. Ueber Uebertragung durch Stiftung vgl. zu § 82 oben Bd. 1 S. 68. Vermächtniß einer Forderung überträgt sie nach § 2174 nicht, giebt nur einen Anspruch auf Uebertragung gegen den Beschwerten, zum Theil abweichend vom preußischen und französ. Recht und vom SBGB. Die Uebertragung durch den Richter ist in der Hauptsache in die CPO. verwiesen. CPO. §§ 835 ff., 850, 851, 852, 856, 857, 886. Die Ueberweisung zur Einziehung ist geschieden von der an Zahlungsstatt; nur in letzterem Falle geht die Forderung auf den Gläubiger wie auf den Cessionar über mit der

Wirkung, daß er wegen seiner Forderung an den Schuldner als befriedigt anzusehen ist, soweit die Forderung an den Drittschuldner besteht, während bei der Ueberweisung zur Einziehung der Gläubiger wie der Pfandgläubiger steht, CPO. § 842. BGB. §§ 1279, 1280 ff. In beiden Fällen gewinnt der Gläubiger ein selbständiges Recht, das übertragbar ist, StrA. 9 S. 352, 67 S. 331, 53 S. 145. ObTr. 4 S. 225, 34 S. 450, 69 S. 226, aber auch nicht mehr Recht, als sein Schuldner hatte. Vgl. § 408 Abs. 2 CPO. § 836 Abs. 1, 3, § 838. Die Ueberweisung ist von der Pfändbarkeit, die Pfändbarkeit grundsätzlich von der Uebertragbarkeit abhängig, §§ 850, 851 (§ 399 BGB.), § 852 (Pflichttheilsanspruch).

2. Auf Uebertragung kraft Gesetzes, cessio legis, Subrogation, C. c. art. 1249—1252, Crome II § 22, System 2 § 201, — sollen nach § 412 die §§ 399 bis 404, §§ 406—410 entsprechende Anwendung finden. Die Anwendung der §§ 398, 405 ist von selbst ausgeschlossen, ebenso § 411. Aus der Anwendung der §§ 399 ff. folgt, daß auch die cessio legis die Uebertragbarkeit der Forderung voraussetzt, §§ 399, 400, daß der neue Gläubiger, vom alten Auskunft und eine Urkunde, in welcher der Uebergang kraft Gesetzes anerkannt wird, fordern kann, §§ 402, 403, 408 Abs. 2, und daß die Wirkung des Ueberganges die der Uebertragung ist. §§ 404 ff. Vgl. RG. 52 S. 405 zu HGB. § 898. Die Vorschrift des Gesetzes ersetzt den Vertrag. Die übergegangene Forderung ist abtretbar wie die abgetretene, wenn diese abtretbar. Die Forderung geht mit allen Nebenrechten über. § 401. Der Schuldner hat alle Einwendungen, die ihm zur Zeit des gesetzlichen Uebergangs zustanden; §§ 404, 405; er rechnet gemäß § 406 auf, wobei an die Stelle der Kenntniß von der Abtretung die von dem gesetzlichen Uebergang, d. h. von dem sie begründenden Thatbestande tritt. § 406. Bis zu dieser Kenntniß verhandelt der Schuldner wirksam mit dem ursprünglichen Gläubiger, § 407, § 408. Auch § 409 findet Anwendung und nach § 410 braucht der Schuldner nur gegen Aushändigung einer Anerkennungsurkunde, der die Anzeige in § 410 Abs. 2 gleichsteht, zu leisten, Kündigung und Mahnung sich nur unter der Voraussetzung in § 410 Abs. 1 Satz 2 gefallen zu lassen.

Von Gewährleistungspflicht kann nur bei freiwilliger Uebertragung aus einem Rechtsgrunde, der eine Verpflichtung zum Einstehen für das, was übertragen, begründet, die Rede sein. Bei Uebertragung ex lege versteht sich von selbst, daß nur übertragen wird, was der Gläubiger hat.

Von der Uebertragung kraft Gesetzes zu trennen ist die gesetzliche Pflicht zur Uebertragung, wie sie das BGB. z. B. in den §§ 255, 281 Abs. 1, 323 Abs. 2, 325, 346 ausspricht. Vgl. § 1251 Abs. 2 i. f.

3. Ein allgemeines Prinzip wie C. c. art. 1250, 1251 für die Subrogation stellt das BGB. nicht auf; auch ALR. I 16 § 46, daß in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner in die Rechte des bezahlten Gläubigers auch ohne ausdrückliche Cession tritt, ist nicht aufgenommen, § 267. Die Uebertragung kraft Gesetzes tritt nur in ganz bestimmten Fällen ein, in denen das Gesetz den Uebergang vorschreibt. Zu scheiden sind zwei Kategorien dieser Fälle. a) In einer Reihe von Fällen bestimmt das Gesetz, daß der, der an den Gläubiger leistet oder ihn auf andere Weise ganz oder theilweise befriedigt, dadurch nicht die Forderung tilgt, sondern an Stelle des befriedigten Gläubigers in die Forderung eintritt, er müßte denn schenken wollen. §§ 685, 814. Bei theilweiser Befriedigung erfolgt der Uebergang nur theilweise. Die theilweise Be-

friedigung schadet dem Gläubiger nicht, weil er nach dem nicht allgemein, aber in den einzelnen Fällen ausgesprochenen Grundsatze, nemo subrogat contra se, C. c. art. 1252, für den ihm verbliebenen Theil stets dem Eintretenden vorgeht. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Eintretenden und dem Schuldner wird nicht berührt, und für die Einwendungen gegen die Forderung gelten die §§ 404, 406, 407. Hierher gehören die oben zu §§ 267 ff. S. 79 ff. unter 68, 69, 70 behandelten Fälle der Befriedigung des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung, oder im Falle des Pfandverkaufs, durch den, der Gefahr läuft, ein eigenes Recht oder den Besitz zu verlieren, §§ 268, 1150, 1249 BGB., — ferner die Fälle der §§ 1142, 1143, 1173, 1224, 1225, 1266: Befriedigungsrecht und Eintritt des dritten Pfandbesitzers (Verpfänders), endlich die Fälle der Befriedigung des Gläubigers durch einen Gesammtschuldner oder Bürgen. §§ 426 Abs. 2, 774, 1607, 1709. Vgl. für das frühere Recht ALR. I 20 §§ 36 ff.; 14 § 338. SBGB. §§ 441 ff., 447, 483, 599. C. c. art. 1249 ff. Dadurch ist das gemeinrechtliche benefic. cedend. actionum beseitigt und ersetzt. Vgl. D. PrPr. 2 § 80. OHG. 21 S. 210, 19 S. 383. RG. 18 S. 235. Aehnliche Fälle vgl. in HGB. II §§ 411, 441 (Spedition und Frachtvertrag). HGB. I Art. 382, 410.

b) Nach § 82 BGB. gehen bei Stiftung mit der Genehmigung derselben Rechte, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt, auf die Stiftung über, sofern sich nicht aus dem Stiftungsgeschäft anderes als gewollt ergiebt. Ebenso bewirkt der rechtliche Thatbestand des ehelichen Güterrechts bei den verschiedenen Formen der Gütergemeinschaft, daß Forderungsrechte ohne Abtretung kraft Gesetzes als Folge der GG. nach der aktiven Seite gemeinschaftlich werden. BGB. §§ 1438 Abs. 2, 1519 Abs. 2, 1549, 1485 Abs. 3.

Nach § 25 HGB. II gelten endlich bei Erwerb und Fortführung eines Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma die in dem früheren Betriebe begründeten Verbindlichkeiten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls die Firma miterworben, falls nicht anderes vereinbart und dies in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder dem Schuldner von einem der Kontrahenten mitgetheilt ist. D. h. der Schuldner darf in solchem Falle den Erwerber als seinen Gläubiger behandeln und vertrauen, daß der Erwerber der Gläubiger ist. Unter den Kontrahenten entscheidet der Vertrag; ist danach die Forderung nicht übergegangen, so bleibt sie Eigenthum des Veräußerers, was namentlich für den Konkurs des Erwerbers von Bedeutung ist. Von einem Uebergang ex lege ist danach in Wahrheit nicht zu reden. Vgl. aber Düringer und Hachenburg, HGB. 1 S. 117. Für Vermögensübertragung, § 311, und Erbschaftskauf, §§ 2371 ff., die nur obligatorische Titel bilden, gilt der Uebergang kraft Gesetzes nicht. Regelmäßig wird der Vertrag aber die Abtretung enthalten oder als Abtretungsvertrag anzusehen sein, wenn er in der erforderlichen Form geschlossen.

Besonderer Natur ist der in den §§ 571 ff., 578 geregelte Uebergang der Rechte und Pflichten aus Miethe und Pacht auf den Erwerber des vermietheten (verpachteten) Grundstücks.

II. 4. Außer den Fällen der Uebertragung durch den Richter oder das Gesetz erfolgt die Uebertragung einer Forderung unter Lebenden nach § 398 durch Vertrag, Abtretung. Der Vertrag hat keinen anderen Inhalt als den, daß die Forderung übertragen, abgetreten, die Abtretung angenommen wird. Allein durch diese Er-

klärung und deren Annahme wird, wie im gem., Preuß. Recht, ALR. I 11 §§ 376, 378, 381; SBGB. §§ 953, 963, 968, die Forderung **mit der Wirkung der Succession in das Gläubigerrecht** übertragen. Vgl. ObTr. 80 S. 108 (gem. R.). RG. 4 S. 111. OHG. 23 S. 314. ObTr. 65 S. 52 für das frühere Recht. Der Vertrag hat grundsätzlich abstrakte, dingliche Natur wie Tradition und Erlaß, wenn er nicht selbst ein anderes besagt, indem er die Succession von Bedingung oder dies abhängig macht oder inhaltlich die Succession ausschließt, obwohl er sich als Abtretung bezeichnet. So kann inhaltlich Vollmacht sein, was als Abtretung bezeichnet, ebenso wie in der Form der Abtretung materiell Vollmacht gewollt sein kann. Auf die causa des Vertrages, die Kauf, Tausch, Schenkung, datio in sol., Pfandrecht, Vermächtniß u. a. sein kann, kommt für die Wirkung des Vertrages nach außen nichts an. Von Bedeutung ist die causa für das Rechtsverhältniß unter den Kontrahenten und für die Erklärung und Bestimmung der Bedeutung des Cessionsakts. Hat das Gläubigerrecht übertragen und erworben werden sollen, so kommt es auf die formelle und materielle Gültigkeit der causa, des pactum de cedendo, wie nach § 929 bei der Uebergabe nichts an. Entw. I § 294 Abs. 2 sagte das ausdrücklich; er ist als überflüssig gestrichen. Vgl. für das frühere Recht ObTr. 80 S. 108. StrA. 88 S. 222. RG. 8 S. 255, 10 S. 177, 200, 201. RE. 2 Nr. 211. Mit der Perfektion des Vertrages scheidet die abgetretene Forderung aus dem Vermögen des Cedenten aus. Weder die Kenntniß, noch die Zustimmung, noch die Benachrichtigung des Schuldners (Denuntiation, Signifikation) ist dazu erforderlich. Diese Benachrichtigung hat — abweichend vom C. c. art. 1689, 1690, RG. 29 S. 295, 53 S. 199, **Crome**, franz. Oblgr. 2 § 21 unter IV, — Bedeutung nur für die Sicherung des Cessionars und des Schuldners.

5. Auf den Abtretungsvertrag finden als Vertrag die §§ 145 ff. Anwendung. Die einseitige Abtretungserklärung, die nicht angenommen, ausdrücklich oder stillschweigend, § 151, hat keine Bedeutung. Wenn A, der dem B für gelieferte Hölzer Geld schuldet, vor dem Notar dem nicht anwesenden B eine Hypothek cedirt mit der Erklärung, daß er die Valuta durch Lieferung von Hölzern erhalten, und ihm das Dokument mit der Cession übersendet, so ist damit die Abtretung der Hypothek nicht perfekt, wenn B die Cession nicht annimmt. Das Behalten des Dokuments mit der Cession **kann** die Annahme enthalten, wenn diese im Voraus erklärt ist, B sich vorher bereit erklärt, eine Hypothek in Zahlung zu nehmen, — genügt allein aber nicht. Vgl. ObTr. 9 S. 213. RG. 4 S. 225. Noch weniger genügt, wenn der Cedent die notarielle Urkunde behält oder der Notar sie ohne Auftrag oder auftragswidrig aushändigt. Nach CPO. § 894 wird die Abtretungs- oder Annahmeerklärung durch richterliches Urtheil auf Grund des pact. de ced. ersetzt, durch welches **die Verpflichtung zur Abtretung** übernommen ist, ohne die Abtretung selbst zu erklären.

Auch nach BGB. ist keine Abtretung im Sinne des § 398, wenn A anerkennt, daß dem B eine Forderung zustehe, die ihm, dem A, zusteht. StrA. 4 S. 158. Andererseits ist wie nach früherem Recht nicht erforderlich, daß die **beurkundete Abtretungserklärung** oder gar die **Urkunde über die abgetretene Forderung** dem Cessionar ausgehändigt wird, abgesehen von den später zu erwähnenden Fällen. Aus der Abtretungserklärung braucht über die causa, das pact. de ced., die Valuta nichts zu erhellen; eines solchen pact. bedarf es nicht, und die Formungültigkeit des vorhandenen pact. de ced. berührt die Wirksamkeit der Abtretung

nicht. Vgl. § 518 Abs. 2 (Schenkung). Anders SBGB. § 963. Die in einem Vermögensübertragungsvertrag oder Erbschaftskaufvertrage enthaltene Abtretung fällt dagegen fort, wenn diese Verträge wegen Formmangels nichtig. §§ 311, 2371, 125.

6. Die Abtretung bedarf grundsätzlich keiner Form, auch z. B. nicht für den Anspruch auf Auflassung aus einem formgültigen Vertrage im Sinne des § 313 Satz 1, § 873 Abs. 2. RG. 53 S. 269. Ausnahmen enthält § 792 für Abtretung einer Anweisung (schriftlich und Uebergabe), und die §§ 1154 (1192, 1199), 1155 Satz 2, 873, 878 für die Abtretung von Hypotheken und Grundschulden. In § 1155 Satz 2 ist das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleichgestellt. Auch nach BGB. ist anzunehmen, daß die Abtretung einer Wechselforderung, nicht des Rechts aus dem Wechsel, zwar zulässig ist, aber dem Dritten gegenüber, der den Wechsel besitzt und durch denselben legitimirt ist, keine Wirkung hat, weil das Gläubigerrecht an den Wechsel geknüpft ist, mit ihm entsteht und abgesehen von Art. 73 WO. auch untergeht, ohne den Wechsel nicht geltend gemacht werden kann. Vgl. CPO. § 831, OHG. 11 S. 280, 362. Dem Dritten kann nach BGB. auch nicht entgegengesetzt werden, daß er den Wechsel mit Kenntniß von der früheren Abtretung erworben, wenn diese ohne Uebergabe des Wechsels erfolgt ist, selbst wenn gemäß § 409 die Abtretung dem Wechselschuldner angezeigt sein sollte. Vgl. für das frühere Recht RG. 26 S. 99, 33 S. 143. Klagt der Cedent nach der Abtretung der Wechselforderung selbst, so greift gegen ihn allerdings die Berufung auf die Cession durch. RG. 34 S. 120. Bei Inhaberpapieren ist die Abtretung ohne das Papier wirkungslos. BGB. § 793. Für Orderpapiere gilt dasselbe. HGB. I Art. 301 ff. HGB. II §§ 363–365.

Die Formfreiheit der Abtretung würde vielfachen Bedenken unterliegen, wenn nicht die Uebung des Verkehrs und die Vorschriften in den §§ 403, 410 von selbst zur schriftlichen Abtretung drängten.

Die Kontroverse über die Zulässigkeit der Blankocession, — vgl. ObTr. 68 S. 128. RE. 1 Nr. 82, 2 Nr. 211 b Erk. d., RG. 4 S. 175, 14 S. 297, 15 S. 55 16 S. 87, 17 S. 117, 27 S. 269, 40 S. 175 und Preuß. Eigenth.Ges. v. 5. Mai 1872 § 55, Preuß. Ausf.Ges. z. BGB. Art. 34 (Blankoabtretung von Grundschulden), — ist vom BGB. nicht entschieden. Nach den Motiven Bd. 1 S. 185 ist kein Bedürfniß dafür gefunden und für unerheblich erachtet, ob die Unterschrift der Ausfüllung des Kontextes folgt oder vorangeht. Vgl. zu §§ 126, 129 BGB. oben Bd. 1 S. 156. Für Abtretung von Hypotheken und Grundschulden ist sie aber anscheinend nicht gewollt. Art. 35 Preuß. AG. In dem Sinne, daß derjenige, dem die Cessionsurkunde überübergeben, befugt sein soll, selbst die Forderung zu übernehmen oder einen Anderen als Cessionar zu suchen und dessen Namen einzurücken, ist die Blankocession nicht abzulehnen, auch bei Hypotheken und Grundschuld nicht. Dernbg., BR. 3 § 135 unter III. In anderem Sinne kommt sie in Verkehr kaum vor. Wo die Abtretung keine Form erfordert, die schriftliche Form aber gewählt ist, hat die Kontroverse keine Bedeutung. Nur wird die Abtretungsurkunde, wenn feststeht, daß sie als Blankett gegeben, bei Bestreiten der Legitimation immer die Einrede der unbefugten Ausfüllung zulassen, und dasselbe muß nach der Absicht des Gesetzes auch bei gesetzlicher oder verabredeter Schriftform gelten.

7. Gegenstand der Abtretung ist nach § 398 Satz 1 eine Forderung.

Forderung ist Anspruch aus einem Rechtsverhältniß irgend welcher Art, in welchem sich eine Person als Gläubiger und eine Person als Schuldner gegenüberstehen, mag die Person Beider durch Vertrag oder Gesetz bestimmt sein, die Verpflichtung eine persönliche oder dingliche sein, die Person als solche oder als Eigenthümer oder Besitzer einer Sache treffen. Den Gegensatz bilden die Sache im Sinne des § 90, die durch Uebergabe übertragen wird, und die Rechte im Sinne des § 413, die sich entweder als Rechtsverhältnisse darstellen oder als objektive Machtverhältnisse gegen Jeden bestehen, keinen bestimmten Schuldner haben, wenn sie auch durch ihre Verletzung oder sonst Grundlage von Schuldverhältnissen werden können. Vorausgesetzt ist ein vermögensrechtlicher Anspruch; auf nicht vermögensrechtlichen trifft stets § 399 zu. Vorausgesetzt ist eine einzelne Forderung, deren Leistungsinhalt bestimmt oder bestimmbar. Nur solche Forderungsrechte sind Gegenstand der Abtretung im Sinne des § 398. RG. 49 S. 14 (Cessibilität f. g. Genußscheine). Nach diesem Gegenstand bestimmt sich, ob Abtretung (Cession) oder ein anderes Rechtsgeschäft vorliegt; auf die Bezeichnung des Geschäfts als Cession kommmt nichts an. Wenn A seine Rechte aus einem Kaufvertrage mit B über ein Grundstück bezüglich eines Theils dieses Grundstücks an C cedirt mit der Abrede, daß die Cessionsvaluta zu zahlen, sobald er dem C die Parzellen an einem bestimmten Tage übergeben, so liegt nicht Cession, sondern Kauf der Parzellen durch C von A vor. Denn diese sind Gegenstand des Vertrages und der Inhalt der Verpflichtung des A die Uebergabe der Parzellen an C gegen Zahlung. StrA. 68 S. 247. RE. 2 Nr. 194 Erk. a. Vgl. zu §§ 433 ff. Wenn der Auszügler seine noch nicht fälligen Ausgedingepräftationen verkauft, der Vertrag besagt, die Uebergabe werde als vollzogen angenommen, so liegt nicht Kauf einer Sache, sondern Abtretung der Forderung auf die Präftationen vor, StrA. 86 S. 94. Vgl. auch StrA. 54 S. 132. Erbschaft ist Gegenstand des Verkaufs und der Uebergabe, nicht der Abtretung, §§ 2371, 2374; Erbrecht ist nicht abtretbar, und aus einer ungetheilten Erbschaft eine bestimmte oder unbestimmte Summe kann der Miterbe nicht abtreten. Vgl. zu §§ 2371 ff. ObTr. 3 S. 302. RG. 20 S. 234.

Forderungen sind auch verbriefte Forderungen und sie sind Gegenstand der Abtretung, wenn die Urkunde Beweis- und Legitimationsurkunde, § 402; die Uebergabe der Urkunde genügt nicht ohne Abtretungsvertrag, BGB. §§ 1154, 808, kann aber zur Wirkung der Abtretung erforderlich sein. Dahin gehören Hypotheken, Grundschulden, Sparkassenbücher, Versicherungspolizen. RG. 51 S. 83 (Lebensversicherungspolize). Die Forderung des Wechselinhabers aus dem Wechsel ist Forderung und kann abgetreten werden, wenn auch der Cessionar nicht weiter indossiren kann, während das Recht aus dem Wechsel nach Art. 16 WO. nur durch Indossament übertragen werden kann. ObTr. 22 S. 409. OHG. 11 S. 250, 362. RG. 3 S. 326, 329, 33 S. 143, 34 S. 126, 43 S. 43. Ueber verbriefte Forderungen anderer Art, die durch ihre Abhängigkeit von der Verbriefung für ihre Entstehung, Uebertragung und ihren Bestand die Natur negotiabler Werthpapiere und damit von Sachen im Sinne des § 90 BGB. haben, deshalb Gegenstand der Tradition, nicht der Abtretung im Sinne des § 398 sind, Papiergeld, Staatsschuldscheine, Pfandbriefe, Inhaberpapiere, §§ 793 ff., Kuxe neueren Rechts, vgl. zu §§ 90 ff. oben Bd. 1 S. 76 ff. unter 2 a, b RG. 47 S. 106 (Kux).

Gleichgültig ist, ob die Forderung fällig oder nicht; auch bedingte und betagte Forderung ist abtretbar, auch resolutiv bedingte, wie z. B. das in ObTr. 3 S. 324, RE. 1 Nr. 101 Erk. a, behandelte an den Wittwenstand gebundene, mit der Wieder-

verheirathung wegfallende Witthum. Auch künftige ist abtretbar, sobald nur ihr Gegenstand bestimmt oder bestimmbar. BGB. § 308. Vgl. aber W. 2 § 335 [12] (Kipp) und DJZtg. 1903 S. 28, 29. Das Erforderniß der Bestimmtheit (Bestimmbarkeit) muß für die Abtretung wie für die Tradition gelten. Das fehlt nicht, wenn die Existenz der Forderung feststeht, nur ihre Höhe noch festzustellen, und ein bestimmter Betrag dieser Forderung oder die ganze Forderung cedirt wird. OHG. 9 S. 166 (Cession eines bestimmten Betrages von einer Forderung aus Lieferungen für einen Bau, deren Umfang zur Zeit der Cession noch nicht feststeht). Fälle der Cession bedingter Forderung vgl. in OHG. 5 S. 5. StrA. 9 S. 310, 99 S. 207 (Cession einer Brandentschädigungssumme, deren Zahlung vom Wiederaufbau abhängig; Aufbau durch den Cedenten oder den Cessionar, oder durch Beide). Für künftige Forderung fehlt die Bestimmbarkeit, wenn nicht einmal das Rechtsverhältniß feststeht, aus dem sie erwachsen soll. „Alle zukünftigen Forderungen“ können nicht cedirt werden. Schon in StrA. 7 S. 318 wurde die exekutionsweise Ueberweisung des künftigen Tagelohns eines Tagearbeiters für unzulässig erklärt. Vgl. Ges. v. 21. Juni 1869 (BGBl. S. 242, RGBl. 1871 S. 63, RGBl. 1897 S. 159). CPO. § 850 Nr. 1. In StrA. 59 S. 28 ist die Cession einer Forderung „für Fuhren, die im September dess. J. an eine Gesellschaft geleistet werden würden“ für unwirksam erklärt, weil zur Zeit der Cession „ein Rechtsverhältniß nicht bestanden, aus welchem der Cedent zu fordern, die Gesellschaft anzunehmen und zu leisten verpflichtet“. D. h. zur Zeit der Cession war der Cedent für die Fuhren noch nicht einmal engagirt. Noch mehr müßte die vielfach übliche Bestimmung in den Versicherungspolizen unwirksam sein, die dem Versicherer die Forderung cedirt, die dem Versicherten in Zukunft gegen einen Dritten zustehen wird, der die versicherte Sache beschädigt. Vgl. jetzt § 255 BGB. In vielen Fällen wird die Abtretung künftiger Forderung aus noch nicht bestehendem Schuldverhältniß als pact. de ced. zu behandeln sein, aus dem nach der Entstehung der Forderung auf Abtretung zu klagen. Vgl. W. 2 § 335 [12]. Die Anweisung kann nach § 792 von dem Empfänger schon vor der Annahme auf einen Dritten übertragen werden (schriftlich unter Aushändigung der Anweisung), obwohl vor der Annahme ein Forderungsrecht nicht besteht.

Uebertragbar ist wie nach bisherigem Recht, — SBGB. § 965, ObTr. 12 S. 10, StrA. 47 S. 123 und RG. 6 S. 377 (gem. R.), RE. 2 Nr. 211a, OHG. 12 S. 73, 21 S. 8, RG. 13 S. 11, 15 S. 305, Preuß. SubhGes. v. 13. Juli 1883 § 83, Sächs. Ges. v. 15. August 1884 § 168, — auch Forderung aus gegenseitigen Verträgen. Fest zu halten ist nur, daß nicht das Rechtsverhältniß, die Obligation, sondern das Recht aus derselben cedirt wird, und daß auch selbständige Einzelansprüche aus gegenseitigen Verträgen, Anspruch auf Kaufgelder, auf Gewährleistung, auf Liberation nur so cedirt werden können, wie sie sich in der Hand des Cedenten befinden. StrA. 5 S. 297, 31 S. 177. ObTr. 80 S. 307, 53 S. 79 (StrA. 59 S. 23). Nach § 404 BGB. versteht sich von selbst, daß für den Cessionar die §§ 320 ff. BGB. wie für den Cedenten gelten, der Cedent sich durch die Abtretung nicht von seiner Vertragspflicht befreien kann. Auch hier darf die Lage des deb. c. keine schlechtere werden; sein Recht auf die Gegenleistung wird nicht beeinträchtigt; der Cessionar tritt in das Rechtsverhältniß so wie es besteht, der Cedent bleibt aus demselben verhaftet, so daß der deb. c. keine Gefahr läuft. StrA. 4 S. 94 (Anspruch des deb. c. einer Darlehnshypothek nach der Cession der Hypothek gegen den Cedenten auf Nachzahlung

der Valuta oder Löschung). StrA. 6 S. 174 (Anwendung des § 230 I 11 ALR.). RG. 33 S. 269 (Cession der Rechte aus Werkvertrag). In RG. 51 S. 170 ist konsequent die Einrede des Schuldners aus § 321 des BGB., daß er die versprochene Vorleistung abzulehnen berechtigt, weil nach dem Vertragsschlusse eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des zur Gegenleistung Verpflichteten eingetreten, auch dem Cessionar gegenüber zugelassen. Dem Kläger war das Recht auf Lieferung von Kohle in Raten, die am 15. des auf die Lieferung folgenden Monats zu bezahlen waren, cedirt; der Klage auf Lieferung setzte der Beklagte entgegen, daß der Cedent nach Abschluß des Lieferungsvertrages in Vermögensverfall gerathen, er deshalb nur gegen Sicherstellung oder gegen die Zahlung zu liefern verpflichtet. Dies ist zugelassen, weil der Cedent der zur Gegenleistung Verpflichtete geblieben.

In § 81 des Ges. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 sind über die Abtretung des Rechts aus dem Meistgebot besondere Vorschriften gegeben. Vgl. Preuß. SubhGes. v. 13. Juli 1883 § 83, Sächs. Ges. v. 15. August 1884 § 168.

Abtretbar ist der Anspruch des Hinterlegers aus dem Verwahrungsvertrage auf Herausgabe, ObTr. 50 S. 130, StrA. 42 S. 371, § 695, der Anspruch auf Herausgabe gegen die Hinterlegungsstelle, der aus der erklärten Rücknahme erworben ist, vgl. zu § 377 oben S. 312, 313, HinterlO. § 28, der Anspruch aus Vorenthaltung und Verletzung von Eigenthum und Besitz, die dinglichen Klagerechte. Festzuhalten ist nur, daß auch im Sinne des § 398 BGB. wie nach früherem Recht die bloße Klage so wenig wie eine Einrede Gegenstand der Abtretung ist, weil die Klage ohne den Anspruch kein selbständiges Vermögensrecht ist. Ohne das Recht aus dem Kauf kann die actio emti und ohne das Recht auf das Eigenthum die vindicatio nicht abgetreten werden. Vgl. RG. 49 S. 97. Abtretung, die das will, ist nichts als Vollmacht unter der Form der Cession. So lag StrA. 77 S. 166, RE. 2 Nr. 211a Erk. a, wo A an B ein Grundstück verkauft hatte, die Uebergabe vorbehalten war, C dem B ein Darlehn gegeben, das eingetragen werden sollte, und B, als er Uebergabe und Eintragung nicht erlangen konnte, dem C das Recht auf die Uebergabe cedirt hatte, ohne daß Eigenthum übertragen werden sollte. Anders StrA. 8 S. 80, wo A an B ein Grundstück verkauft hatte, zu dem Parzellen gehören sollten, die C in Besitz hatte, A in dem Vertrage das Recht auf die im Besitz des C befindlichen Parzellen dem B abgetreten hatte. Die Instanzen wiesen die Klage des B gegen C ab, weil A nicht besessen und Eigenthum nicht habe übertragen können; das ObTr. vernichtete, weil das Vindikationsrecht, als Recht des Eigenthümers, die seinem Gewahrsam entkommene Sache von jedem Inhaber oder Besitzer zurückzufordern, obligatorische Natur habe und deshalb cedirt werden könne. Vgl. RG. 46 S. 225, 230 (Abtretung der dinglichen Klage auf mitverkaufte, nicht eingetragene Theile durch Auflassung des ganzen Grundstücks). Nach BGB. § 931 ist darüber kein Zweifel mehr. Vgl. BGB. §§ 255, 809 ff., 812 ff., 823, 835, 848 ff., 934 und für das frühere Recht noch SBGB. § 967, OHG. 25 S. 341 (Ladeschein). Ebenso kann der Anspruch aus Besitzstörung ohne den Besitz nicht übertragen werden und die negatoria nicht an den Nichteigenthümer, SBGB. § 967, die Theilungsklage nicht, ohne daß der Eintritt des Cessionars in die Gemeinschaft zulässig und gewollt.

Ein Beispiel dafür, daß eine exceptio nicht abgetreten werden kann, giebt RG. 1 S. 315, wo der zur Zahlung einer Rente an den Arbeiter aus dem Haftpflichtgesetz verurtheilte Arbeitgeber seinen Anspruch auf Herabsetzung der Rente aus § 7 Abs. 2 des Haftpflichtgesetzes an die Versicherungsgesellschaft, bei der er den Arbeiter versichert, cedirt hatte und die Gesellschaft gegen den Arbeiter auf Herabsetzung klagte. Hier war der Cedent der Schuldner, sein Recht ein Klagerecht, eine Befugniß, aber keine Forderung mit dem Inhalt einer Leistung des Arbeiters als Gläubigers, sondern mit der Schuld verbunden und so wenig cedirbar wie die Schuld selbst.

Daß auch der Gesammtgläubiger seine Forderung abtreten kann, folgt aus § 429 Abs. 3. In RG. 32 S. 314 ist für Preuß. Recht angenommen, daß der Gläubiger bei Gesammtschuldverhältniß, ALR. I 5 §§ 424 ff., § 421 BGB., seine Forderung an den einen Schuldner abtreten, die an den anderen sich vorbehalten kann. Der Kläger hatte an Mann und Frau verkauft, nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Ehemanns seine Forderung angemeldet und nach Beendigung des Konkurses durch Akkord mit 20 Prozent diese Forderung abgetreten; der Cessionar erklärte, daß in der Cession die Forderung an die Ehefrau nicht mitbegriffen sei. Die Klage war gegen die Ehefrau auf Zahlung von drei Raten gerichtet und erhoben nach Eröffnung, aber vor Beendigung des Konkurses. Nach § 428 BGB. würden der Kläger und der Cessionar nicht Gesammtgläubiger geworden sein, aber die Ehefrau aus der Cession einen Einwand nicht herleiten können, weil sie dadurch weder befreit, noch ihre Lage verschlechtert, noch dadurch das ursprüngliche Gläubigerrecht des Verkäufers beseitigt, da aus § 398 sich die Unzulässigkeit einer Abrede nicht herleiten läßt, daß der Cessionar an Stelle des Cedenten nur gegen den einen Schuldner treten soll.

III. Ausschließung und Beschränkung der Abtretung. **8.** Nach §§ 399, 400 ist die Abtretung unzulässig; **a.** wenn der Leistungsinhalt durch die Veränderung der Person des Gläubigers geändert werden würde; **b.** wenn die Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist; **c.** wenn die Abtretung durch Vertrag mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Dazu treten nach Art. 32, 80, 81 EGes. die reichsgesetzlichen und gewisse landesgesetzliche Vorschriften, durch welche die Abtretung in bestimmten Fällen ausgeschlossen ist. Reichsgesetzliche Vorschriften enthalten die sämmtlichen Gesetze betreffend die Kranken-, Unfall-, Alters- und Invaliditätsversicherung, das Gesetz über die eingeschriebenen Hülfskassen, der § 115a der Gewerbe-O., § 2 des Ges. v. 21. Juni 1869 (Arbeits- und Dienstlohn), das Reichsbeamtengesetz § 6, das Reichsmilitärges. § 45 und andere. Landesgesetzliche Beschränkungen enthalten für Preußen das Berggeſ. § 173 (Art. 67 EG.), die sämmtlichen Pensionsgesetze für Beamte, Geistliche, Lehrer, die Gesetze betreffend die Wittwen- und Waisengelder.

Nach Art. 32, 97 EG. sind aufrecht erhalten die Bestimmungen der Gesetze über die Staatsschuldbücher, namentlich auch bezüglich der Uebertragung der Buchforderung. Vgl. EG. Art. 50, Preuß. AusfGes. z. BGB. Art. 16.

Fortgefallen ist das Verbot der Cession in potentiorem, W. 2 § 315 zu Anm. 18, ALR. I 11 §§ 385 ff., C. c. art. 1597, die Beschränkung durch die lex Anastasiana, das Verbot in C. c. art. 450, 1596, nach Art. 75 EGes. aber nicht das landesgesetzliche Verbot der Abtretung von Versicherungsansprüchen. Sächs. Ges. v. 25. August 1876 (15. Oktober 1886).

Bezüglich rechtshängiger Forderungen, ALR. I 11 §§ 383, 384, ist es nach EG. Art. 32 bei dem § 265 (236) CPO. verblieben, der die Abtretung abweichend vom gem. R. ausdrücklich zuläßt. Vgl. RG. 39 S. 12, 40 S. 346, 46 S. 320, 49 S. 363.

Ueber die Bedeutung des § 265 Abs. 2 CPO., daß die Abtretung auf den Prozeß keinen Einfluß hat, vgl. Eccius 1 § 99 unter V und Lippmann in Jhering, Jahrb. Bd. 45 S. 391 ff., Behrend in Gruchot Bd. 31 S. 459 ff., Wach das. Bd. 30 S. 779 ff. Kohler in Busch, Zeitschr. Bd. 12 S. 100 ff. Neben § 265 ist § 325 zu beachten, nach welchem die Rechtskraft des in dem Prozeß zwischen Cedenten und Schuldner ergangenen Urtheils auch für und gegen den Cessionar, dem nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit die Forderung abgetreten ist, wirkt.

Die wesentliche Bedeutung des § 265 CPO. ist, daß der Cedent Herr des Prozesses bleibt; die Existenz der Forderung wird endgültig zwischen ihm und dem Schuldner festgestellt; der Cedent kann als Kläger die Klage zurücknehmen, soweit es jedem Kläger gestattet. CPO. § 271. Kommt die Cession im Prozeß nicht zur Sprache und ist sie dem deb. cess. nicht bekannt, so kommen die §§ 407, 408 BGB. rein zur Anwendung. Verfügt in diesem Falle der Cedent im Prozeß durch Erlaß oder Vergleich über die rechtshängig gewordene Forderung, so berührt solche Verfügung nur sein Verhältniß zum Cessionar. Kommt dagegen die Cession im Prozeß zur Sprache oder ist sie dem Schuldner bekannt geworden oder gemacht, so kann er nach § 265 CPO. zwar die Aktivlegitimation des klagenden Cedenten nicht bestreiten, derselbe bleibt Herr des Prozesses, aber die Vorschriften des materiellen Rechts über Recht und Pflicht des deb. cess., der die Cession weiß, §§ 404 ff., können durch die prozessuale Stellung des Klägers unmöglich beseitigt werden. Aus dem materiellen Recht folgt, daß der klagende Cedent weder dem Cessionar, noch dem deb. cess. gegenüber zur Verfügung über die cedirte Forderung weiter befugt ist, nicht Leistung an sich fordern, nicht verzichten, nicht sich vergleichen darf; daß die §§ 404, 406, 409, 410 BGB. Anwendung finden. Der Prozeß kann deshalb auch wohl Anlaß zu der Erörterung und Feststellung der Frage geben, ob die Cession erfolgt ist. Vgl. für ALR. I 11 §§ 383, 384: ObTr. 58 S. 183, StrA. 25 S. 78, 79, ObTr. 46 S. 361 (StrA. 41 S. 59). Kläger bleibt der Cedent namentlich insofern, als er kostenpflichtig ist, nur für ihn ein Eid normirt werden kann, er nicht Zeuge sein kann. Besonderer Natur sind die Vorschriften in den §§ 1124, 1127 ff. über die Unwirksamkeit der Abtretung von Mieths-, Pachtzinsen und Versicherungsgeldern im Interesse der Realgläubiger eines Grundstücks. Vgl. auch §§ 573, 574, 575, 576. Hier handelt es sich nicht um ein Verbot der Abtretung; die Abtretung ist nur theilweise unwirksam.

9. § 399. Nicht abtretbar ist nach dem allgemeinen dem früheren Recht entsprechenden Grundsatz des § 399 eine Forderung, deren Leistungsinhalt durch die Veränderung des Gläubigers geändert werden würde. ALR. I 11 § 382; Einl. z. ALR. § 99; SBGB. § 966; C. c. art. 631, 634. Nach § 851 Abs. 2 der CPO. darf eine nach § 399 nicht übertragbare Forderung insoweit gepfändet werden, als ihr Gegenstand der Pfändung unterworfen ist, — eine Vorschrift, die durch § 851 Abs. 1 CPO. nothwendig wurde, nach welchem der Pfändung eine Forderung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar. Dem Gläubiger des Berechtigten soll nicht entzogen werden, was ihm zu gute kommen kann, nur nicht einem Dritten mit seinem Willen. Hierher gehören die Fälle, in denen

die Forderung an eine bestimmte Person und ihre Eigenschaften, an gewisse Voraussetzungen in der Person gebunden ist, oder die Forderung nach Wesen und Zweck eine bestimmte Person verlangt, das Recht nur von einer bestimmt qualifizirten Person ausgeübt, die Qualität selbst nicht übertragen werden kann. Darauf beruhen die besonderen Vorschriften über Nichtabtretbarkeit im BGB., § 514 (Vorkaufsrecht ohne besondere Abrede), § 613 (Anspruch auf Dienste, im Zweifel), § 717 Satz 1 (Anspruch des Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältniß gegen die Gesellschaft und im Gegensatz zu den selbständigen Forderungen aus Geschäftsführung, auf Zinsen, Gewinnantheil u. a.). Anspruch im Sinne des § 717 Satz 1 ist auch der Anspruch auf Rechnungslegung gegen Mitgesellschafter, RG. 52 S. 35, 36, noch mehr die Betheiligung an der Gesellschaft selbst. Vgl. § 725. HGB. I Art. 98.

Aus dem Gesichtspunkte der Unübertragbarkeit der actiones vindictam spirantes sind nach BGB. §§ 847, 1300 nicht abtretbar die Forderungen auf Entschädigung wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, wenigstens bevor sie durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden. Vgl. StrPrO. § 444, aus welchem die Unübertragbarkeit des Bußeanspruchs folgt. Ausdrücklich schließt die Uebertragbarkeit ferner aus der § 1623 für den Anspruch der Tochter auf Aussteuer, vgl. Bolze 21 Nr. 358 für das frühere Recht, — die §§ 1427, 1585 für die Ansprüche des Ehemannes und des Vaters gegen die Ehefrau und Mutter, auf Beiträge zu den Kosten des ehelichen Aufwandes und des Unterhaltes des gemeinschaftlichen Kindes.

Die Kontroverse über die Uebertragbarkeit des Pflichttheilsanspruchs, — ALR. II 2 § 432, vgl. ObTr. 49 S. 207, 215, StrA. 46 S. 325, 92 S. 316. RE. 4 Nr. 332 — ist durch § 2317 Abs. 2 BGB. entschieden, der die Uebertragbarkeit ausdrücklich ausspricht im Anschluß an den Abs. 1, nach welchem der Anspruch auf den Pflichttheil mit dem Erbfalle entsteht. Nur der so entstandene Anspruch ist abtretbar. Nach § 852 Abs. 1 der CPO. ist der Anspruch aber der Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist, eine Vorschrift, die durch CPO. § 851 Abs. 1 nöthig wurde, und darauf beruht, daß der Gesetzgeber einen Streit der Gläubiger des Pflichttheilsberechtigten mit den Erben nicht zulassen wollte. Der § 2317 Abs. 2 bleibt daneben in vollem Umfange bestehen.

Nach § 664 HGB. II (Art. 665 HGB. I) ist der Reisende nicht befugt, den Anspruch auf die Ueberfahrt an einen Anderen abzutreten, der in dem Ueberfahrtsvertrage nicht benannt ist. Das Recht aus dem mit einer bestimmten Person abgeschlossenen Ueberfahrtsvertrage wird danach als ein höchst persönliches Recht angesehen.

Aus dem Grundsatz des § 399 folgt, daß eine Forderung nicht abtretbar, die nur in der Person des Cedenten erfüllt werden kann, bei der Erfüllung in der Person eines Anderen nicht mehr Erfüllung ist. Wer seine Sache versichert hat, kann den Anspruch auf Entschädigung vor dem Schadensfall nicht an den Nichteigenthümer cediren, da dieser nicht Gläubiger sein kann. Der Anspruch aus der Bürgschaft kann aus gleichem Grunde nicht an einen Anderen als den Gläubiger der Hauptforderung cedirt werden, RG. 15 S. 278, 41 S. 171, StrA. 65 S. 229, der Anfechtungsanspruch nicht ohne die vollstreckbare Forderung, der das Befriedigungsobjekt verschafft werden soll, das Recht aus Pfand und Hypothek nicht von der dadurch gesicherten Forderung getrennt werden, BGB. § 1153 Abs. 2, § 1250. Vgl. aber RG. 45 S. 185.

Ueber die Abtretung verwirkter und nicht verwirkter Vertragsstrafe vgl. zu

§§ 339—345 oben S. 231 unter 10. Unterhaltsansprüche, Alimente, §§ 1601 ff., §§ 1710 ff., §§ 843, 844, 845, können nur in der Person des Berechtigten erfüllt werden. Das Recht als solches, in seiner Gesammtheit, kann auf eine andere Person nicht übertragen werden, ebenso wie der Altentheil, usus, habitatio. Nach CPO. § 850 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, 4 sind die auf gesetzlichen Vorschriften beruhenden Alimentenforderungen, die Forderung aus §§ 844, 843 gar nicht, oder doch nur beschränkt pfändbar und deshalb nach BGB. § 400 auch nicht oder nur beschränkt abtretbar. Dabei ist zwischen verfallenen, laufenden, künftigen Ansprüchen nicht unterschieden, der Dritte, der die Alimentation besorgt hat, bedarf der Abtretung nicht, hat den Anspruch aus der Geschäftsbesorgung ohne Auftrag nach § 679.* Vgl. den Fall StrA. 55 S. 112 in RE. 2 Nr. 211 a S. 259.

Bei Alimenten, die nicht auf gesetzlicher Vorschrift, sondern auf Vertrag beruhen, wie z. B. vielfach beim Altentheil (Leibgedingsvertrag), vgl. Art. 15 des Preuß. AG. z. BGB., ist die Abtretbarkeit solcher Forderungen, bei denen die Unübertragbarkeit nicht aus der Natur der Leistung (Wohnung, Sitz am Herd, Leistung zu täglichem Bedürfniß) folgt, nicht zu leugnen; jedenfalls ist der in Folge Verzugs entstandene Interesseanspruch cessibel. Vgl. StrA. 84 S. 316, 86 S. 94. RE. 2 Nr. 208.

10. Anspruch aus pactum de contrahendo ist nach § 399 nicht abtretbar, weil die Person des Kontrahenten niemals fungibel ist, eine Abtretung in dem Sinne, daß dadurch dem einen Kontrahenten eine andere Person als Kontrahent aufgedrängt werden könnte, nicht möglich ist. In StrA. 83 S. 84 hatte A sich verpflichtet, dem B nach dessen Großjährigkeit ein Gut zu verkaufen, B dem C das Recht aus diesem Vertrage cedirt, C gegen A auf Uebereignung des Guts geklagt; die Klage ist abgewiesen. Das gilt namentlich auch für das pactum de mutuo dando; aus § 610 folgt es direkt. Vgl. RG. 32 S. 364 für franz. Recht, wo mit Recht unterschieden zwischen dem Anspruch aus dem pactum und dem Anspruch auf die Valuta auf Seiten des aus dem pactum Berechtigten, der für das Darlehn Pfand bestellt und über den Empfang quittirt hat. Vgl. auch RG. 37 S. 336, 338; 38 S. 308, 40 S. 275, 278 über die Abtretung des Anspruchs aus einem Baugeldervertrag.

11. pactum de non cedendo. Nach § 399 kann, abweichend von Entw. I § 295 Abs. 2 eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Auch für diesen Fall gilt die Vorschrift CPO. § 851 Abs. 2 bezüglich der Pfändbarkeit, die gerade hier geboten und praktisch. Auf anderem Gebiete liegt die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Cessionar, daß dieser nicht weiter abtreten dürfe, und einseitige Veräußerungsverbote, wie sie bei Stiftung, Vermächtniß, in Testamenten vorkommen. §§ 137, 888, 1136. §§ 2130 ff. (Nacherbe). Nach § 792 Abs. 2 kann der Anweisende die Uebertragung des Anspruchs aus der Anweisung durch den Anweisungsempfänger ausschließen, die Ausschließung wirkt aber nur gegen den Angewiesenen, wenn sie aus der Anweisung hervorgeht oder ihm von dem Anweisenden vor dem Accept oder der Leistung mitgetheilt wird. Durch § 399 ist eine Kontroverse des bisherigen Rechts entschieden. Vgl. W. 2 § 335[5]. RG. 27 S. 339 (C. c. art. 537). RG. 31 S. 164 (gem. R.). RG. 38 S. 308 (ALR.).

Das pact. de non ced. zwischen Gläubiger und Schuldner ist weder als Verkehrsentziehung, noch als Verfügungsbeschränkung aufzufassen, sondern als Beschrän-

kung des Gläubigerrechts im Interesse des Schuldners. Den Kontrahenten muß es frei stehen, eine Forderung so zu schaffen, daß nur der erste Gläubiger berechtigt sein soll. Das pact. giebt deshalb dem Schuldner eine Einrede gegen jeden Cessionar. Eingeschränkt ist diese Wirkung gegen Dritte, die Entw. I ganz ausschließen wollte, durch § 405, wonach bei Abtretung verbriefter Forderung der Schuldner sich gegen den gutgläubigen Cessionar auf das pactum nicht berufen kann. Der Schuldner ist dadurch dazu gedrängt, für die Aufnahme der Vereinbarung in die Schuldurkunde zu sorgen. Ist dies geschehen, so kann die Wirkung der Vereinbarung dadurch allein nicht ausgeschlossen werden, daß der Gläubiger die Forderung ohne Vorlegung der Schuldurkunde abtritt, was aus der wenig glücklichen Fassung des § 405 geschlossen werden könnte. Regelmäßig wird eine Erkundigungspflicht des Cessionars nach dem Vorhandensein der Schuldurkunde anzunehmen sein, besonders in Fällen, wo eine Urkunde ausgestellt zu werden pflegt oder ausgestellt werden muß. Versäumt der Cessionar, sich die Urkunde vorlegen zu lassen, so ist anzunehmen, daß er die Unkenntniß der Vereinbarung verschuldet hat, den Sachverhalt kennen mußte. Ist die Vereinbarung nicht aufgenommen, so hat der Schuldner die Kenntniß des Cessionars von der Sachlage oder das Verschulden zu beweisen. Auch bei den Urkunden des § 807 kann die Vereinbarung vorkommen.

Die Vereinbarung macht die Abtretung dem Schuldner gegenüber unwirksam, aber nicht nichtig. Der Schuldner kann an den Cessionar zahlen, auch nachträglich die Abtretung bewilligen. Hat er nach der Konkurseröffnung an die Masse des Cedenten gezahlt, so ist die Zahlung wirksam, nur der Cessionar kann gegen die Masse einen Anspruch aus dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft haben. RG. 31 S. 164. Ob die Abtretung gegen das pact. de non c. als Auftrag zur Einziehung gelten kann, § 140, ist Frage konkreter Prüfung.

12. § 400. Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn und soweit sie nicht pfändbar ist. Vgl. RG. 4 S. 142 für früheres Recht. Ueber die nicht pfändbaren Forderungen vgl. zu § 394 und CPO. § 850. Der § 851 CPO. bestimmt, daß eine Forderung der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist, wenn nicht besondere Vorschriften anderes bestimmen. Solche Vorschrift giebt Abs. 2 des § 851. In § 377 Abs. 1 BGB. ist das Recht, die öffentlich hinterlegte Sache zurückzunehmen, der Pfändung entzogen, deshalb nach § 400 nicht abtretbar. Vgl. oben S. 312 unter 11. Der § 852 Abs. 2 CPO. läßt die Pfändung des Anspruchs des Schenkers auf Herausgabe des Geschenkten in § 528 BGB. nur zu, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden. Nur unter dieser Voraussetzung ist er nach § 400 deshalb auch abtretbar gleich den Ansprüchen in § 847 und § 1300.

13. Die Wirkung des Verbots der Abtretung ist verschieden nach der Natur des Verbots; darauf ist bereits hingewiesen. Ist die Abtretung, wie in § 399 erster Halbsatz, ausgeschlossen, weil die Natur der Forderung sie ausschließt, so hat die Abtretung Wirkung nur, wenn der Schuldner trotzdem an den Cessionar leistet und in der Abtretung die Genehmigung des Cedenten zu dieser Leistung gefunden werden kann, der gegenüber er ohne Arglist nicht behaupten kann, die Leistung nicht erhalten zu haben. Verbote im öffentlichen Interesse oder in diesem und dem Interesse des Schuldners machen die Abtretung nichtig, die Leistung an den Cessionar zu einer Leistung, die dem Cedenten nicht entgegengehalten werden kann, vom Cessionar dem Schuldner zu restituiren ist. Abtretung, die nur unter einer gewissen Voraussetzung zulässig, ist vor dem Eintritt derselben nichts, legitimirt den Cessionar nicht, berechtigt

und verpflichtet auch den Schuldner nicht. Sie konvalescirt mit dem Eintritt der Voraussetzung.

IV. Wirkung der Abtretung. Verhältniß zwischen Cedenten und Cessionar. 14. Nach § 398 Satz 2 tritt durch den Abtretungsvertrag und mit demselben der Cessionar an die Stelle des Cedenten als Gläubiger in die Forderung ein (Succession). Ebenso das gem. Recht, RG. 4 S. 114, das ALR. RE. 2 Nr. 212, OHG. 23 S. 314, ObTr. 65 S. 52, und SBGB., aber ganz abweichend C. c. art. 1289, 1290, nach welchem bis zu dem formalen Akt der Signifikation, welche die Cession dem Schuldner kenntlich machte und in gewissem Sinne einen Besitz der Forderung herstellte, der Cedent dem Schuldner und Dritten gegenüber als Gläubiger legitimirt blieb, so daß die Forderung von ihm cedirt werden konnte, Gegenstand des Angriffs sein Gläubiger blieb und in seine Konkursmasse fiel, RG. 29 S. 295, 27 S. 318, 39 S. 271, 53 S. 199. RE. 2 Nr. 212 S. 273. Nach §§ 398, 408 ist der Gläubiger nach der Abtretung nach außen nicht mehr Gläubiger, zur Klage nicht mehr legitimirt, die Forderung nicht mehr seine Forderung, nicht Gegenstand der Pfändung seiner Gläubiger, nicht Gegenstand seiner Konkursmasse. Der Schuldner ist berechtigt, seine Legitimation zu bestreiten, und dazu verpflichtet, §§ 406, 407. OHG. 2 S. 308, 376. RG. 7 S. 217, 220. Der Gläubiger kann folgerecht auch über die Forderung nicht noch einmal mit Wirkung durch Abtretung verfügen. § 408. Nur für Wechsel, Orderpapiere, Hypothek, Grundschuld, §§ 1154 ff., gilt Besonderes.

Von diesen Ausnahmefällen abgesehen folgt aus § 408, daß der Cessionar auf Grund der formlosen Abtretung sein Gläubigerrecht gegen einen späteren Cessionar wie gegen einen unberechtigten Dritten durch Klage auf Anerkennung seines Rechts, Herausgabe der demselben etwa von dem Cedenten ausgelieferten Urkunden, §§ 402, 403, verfolgt, und zwar ohne Rücksicht auf bona oder mala fides desselben, da die Grundsätze des BGB. über den gutgläubigen Erwerb vom Unberechtigten auf den Erwerb von Sachen beschränkt sind. Durch diese Wirkung unterscheidet sich die Abtretung von der Anweisung auf Schuld. §§ 783, 787. Nach § 816 Abs. 2 kondicirt er von dem späteren Cessionar, was an denselben vom Schuldner auf Grund § 407 mit Rechtswirkung geleistet ist. Vgl. SBGB. § 973 (zum Theil abweichend). ALR. I 11 §§ 413 ff. SBGB. § 972. C. c. art. 1690, 1691.

Auch gegen die Konkursmasse des Cedenten verfolgt der Cessionar sein Recht. In ObTr. 74 S. 37 (StrA. 93 S. 141) hatte A sein Grundstück an B mit der Abrede verkauft, daß die Auflassung an bestimmtem Tage erfolgen, dabei gleichzeitig der Kaufgelderrest eingetragen werden sollte. A cedirte die Kaufgelder an C, die Auflassung erfolgte aber durch A nicht, weil er vorher in Konkurs verfiel. Dann erfolgte auf Grund Vergleichs die Auflassung durch den Verwalter an B, wobei der cedirte Kaufgelderrest für A eingetragen, das Dokument dem Verwalter ausgehändigt wurde. Hier ist nach ALR. die Klage des C gegen den Verwalter auf Herausgabe des Dokuments und Einwilligung in die Umschreibung der Hypothek für C durchgedrungen, weil er durch die Cession Gläubiger der Kaufgeldsforderung geworden und sein Recht durch die Eintragung in das Grundbuch eine Aenderung nicht erlitten habe. Nach BGB. würde nicht anders zu entscheiden sein. Ebenso OHG. 9 S. 166. Was der Verwalter im Konkurse des Cedenten auf eine vor dem Konkurse abgetretene Forderung eingezogen hat, fordert der Cessionar aus der Masse zurück, nicht als Konkursgläubiger. Konk.O. § 59 Nr. 3.

Die Kenntniß oder Nichtkenntniß des Schuldners von der Abtretung berührt die Wirkung der Abtretung nicht, daß sie das Gläubigerrecht überträgt. Die Kenntniß des Schuldners, §§ 406, 407, 409, 410, bewirkt nur, daß er den Cessionar als Gläubiger respektiren muß, — die Nichtkenntniß nur, daß dem Schuldner gegenüber der Cedent oder ein späterer unberechtigter Cessionar als Gläubiger gilt, mit dem er bis zur erlangten Kenntniß gerichtlich und außergerichtlich mit Wirkung gegen den wahren Gläubiger paktiren kann. §§ 406, 407, 408, 411.

15. Recht und Pflicht aus der Abtretung im Verhältniß zwischen Cedenten und Cessionar, das obligatorische Verhältniß zwischen ihnen, bestimmen sich nach BGB. wie nach dem früheren Recht, wie bei der Tradition nach dem der Abtretung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft, das Kauf, Tausch oder irgend ein anderes entgeltliches Rechtsgeschäft, aber auch Schenkung, Vollmacht, Auftrag, Dienstvertrag sein kann. Die Ungültigkeit dieser causa berührt an sich die Wirkung der Abtretung nicht, begründet nur die cond. nach § 812 BGB. Die Abtretung kann auch suspensiv und resolutiv bedingt gewollt sein. ObTr. 56 S. 97 (pact. res. d.). Verletzung der Pflichten aus dem kausalen Geschäft, z. B. Verzug, Nichtzahlung der Valuta, wirkt nach §§ 320 ff., 440 BGB. Vgl. ObTr. 17 S. 158, wo der Cedent zum Rücktritt von der Cession auf Grund § 230 I 11 ALR. zugelassen, weil die Zahlung der Zug um Zug versprochenen Valuta nicht erfolgt war. Auch nach BGB. gilt für Kauf einer Forderung grundsätzlich, was für jeden Kauf gilt. Vgl. zu § 437. Nach dem kausalen Rechtsgeschäft bestimmt sich namentlich, ob und welche Gegenleistung von dem Cessionar zu entrichten, oder ob die Cession unentgeltlich geleistet werden sollte, welche Rechtsfolgen es hat, daß die abgetretene Forderung nicht besteht, nie bestanden hat oder zur Zeit der Abtretung nicht bestand, §§ 306 ff., weil der Cedent sie eingezogen hatte, StrA. 98 S. 127, oder daß die Abtretung wirkungslos, weil ihr Gegenstand nicht Gegenstand der Abtretung, sondern der Uebergabe, StrA. 19 S. 197 (Pfandbriefabtretung), oder wirksam nicht abtretbar.

16. Die Abtretung kann nach dem kausalen Rechtsgeschäft so gewollt sein, daß der Cessionar nur nach außen hin, dem Schuldner gegenüber, Gläubiger sei, d. h. das Gläubigerrecht ausüben soll, im Verhältniß zwischen Cedenten und Cessionar der Cedent Gläubiger bleibt, der Cessionar nur beauftragt, bevollmächtigt sein soll, die Forderung für Rechnung des Cedenten einzuziehen. In solchem Falle kann der Schuldner dem Cessionar weder die Einrede der Scheinabtretung, die in Wahrheit nicht vorliegt, entgegensetzen, noch seine Klageberechtigung bestreiten, die ja gewollt ist und nach § 409 für den Schuldner wirkt, den Schuldner berechtigt, den Cessionar als den zur Erhebung berechtigten Gläubiger anzusehen.

Ohne eigenes berechtigtes Interesse kann der Schuldner sich dem Cessionar gegenüber nicht darauf berufen, daß derselbe nur zur Einziehung berechtigt, und unter den Voraussetzungen des § 409 ist der Schuldner berechtigt, den Cessionar in allen Beziehungen als seinen Gläubiger anzusehen. Bei eigenem Interesse kann der Schuldner aber solchem Cessionar wohl entgegenhalten, daß er nur Inkassomandatar. Ist die unter der Form der Cession ertheilte Vollmacht, der Auftrag, zurückgenommen, will der Cedent die Ausklagung des Schuldners nicht, so kann der Schuldner sich darauf berufen. Vgl. zu §§ 406 ff. Im Verhältniß zwischen Cedenten und Cessionar hört die Gläubigerberechtigung, das Einziehungsrecht mit dem Augen=

blick auf, wo die Vollmacht, der Auftrag widerrufen oder nach dem Gesetz fortgefallen z. B. durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Auftraggebers. Was der Cessionar nachher einzieht, zieht er für den Auftraggeber ein. Nach Fortfall des Auftrages, der Vollmacht kann der Cedent mit dem Schuldner mit Wirkung gegen den Cessionar verhandeln. Vgl. zu §§ 406 ff. Bolze 1 Nr. 853 und RG. 39 S. 166, 167 (gem. R.). RG. 25 S. 207, 37 S. 103.

Zwischen Cedenten und Cessionar kann selbst wirksam verabredet werden, daß der Cedent trotz der Abtretung weiterhin nach außen als Gläubiger auftreten soll, die Abtretung dem Schuldner verheimlicht werden soll, weil der Cessionar aus persönlichen Gründen als Gläubiger nicht auftreten will. Der Fall ist ebenso zu behandeln, wie der, wo nach dem übereinstimmenden Willen des Cedenten und des Cessionars das Gläubigerrecht dem Cedenten verbleiben oder doch das Gläubigerrecht durch den Cessionar nur für ihn ausgeübt werden soll. Materiell wird durch solche Abrede nichts geändert; der Cedent kann die abgetretene Forderung weder den Gläubigern, noch der Konkursmasse des Cessionars, noch Dritten gegenüber als seine Forderung in Anspruch nehmen. RG. 37 S. 380, 40 S. 216, 220, 221. Vgl. auch RG. 45 S. 80. Der Schuldner kann, so weit sein eigenes Interesse in Frage steht, die Rechtsfolgen des wahren Sachverhalts in Anspruch nehmen.

17. Cessio in securitatem. Daß eine Forderung abgetreten werden kann, um dem Cessionar in der abgetretenen Forderung eine Sicherheit für eine Forderung zu verschaffen, die ihm gegen den Cedenten zusteht, ist nach BGB. nicht bedenklich. Vgl. für früheres Recht RG. 2 S. 168, 10 S. 251, 13 S. 200, 24 S. 162, 45; 25 S. 163, 207, 210; 26 S. 180, 30 S. 275, 32 S. 217, 227; 36 S. 54, 45 S. 80. DJZtg. 1902 S. 542. Bolze 22 Nr. 35. Nach § 223 Abs. 2 des BGB. kann, wenn zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen ist, die Rückübertragung auf Grund der Verjährung des Anspruchs nicht gefordert werden. Dadurch ist die Zulässigkeit der Abtretung zur Sicherheit ausdrücklich anerkannt. Nach § 1280 gehört zur Verpfändung einer Forderung, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt, daß der Gläubiger dem Schuldner die Verpfändung anzeigt. Vgl. RG. 24 S. 161 (gem. R.). Die Abtretung zum Zwecke der Sicherung kann suspensiv (für den Fall der Nichtleistung der Schuld), oder resolutiv bedingt, oder unbedingt erfolgen. Regelmäßig ist sie als unbedingt erfolgt anzusehen mit der obligatorischen Verpflichtung des Cessionars, zurückzucediren, sobald der zu sichernde Anspruch getilgt (erloschen). Ganz so ist der Fall zu behandeln, wenn die Abtretung mit der Ermächtigung, Vollmacht, dem Auftrag erfolgt, die Forderung einzuziehen, sich aus dem Eingezogenen zu befriedigen und den Rest an den Cedenten abzuliefern, oder das Eingezogene als Geschenk zu behalten. § 518 Abs. 2. Die in der Abtretung enthaltene Vollmacht ist in diesem Falle mandatum in rem suam des Cessionars, nicht willkürlich kündbar, ein Recht des Cessionars, § 168 Satz 2. Anders, wenn der Cessionar aus dem Auftrag und seiner Ausführung nach der Abrede nur einen Anspruch auf Provision hat; das hindert den Widerruf, die Kündigung der Vollmacht, des Auftrages, §§ 627, 672, nicht, giebt nur einen obligatorischen Anspruch auf das Interesse. OHG. 23 S. 324; RG. 27 S. 35; 53 S. 416. ObTr. 16 S. 166. Vgl. zu §§ 167 ff. oben Bd. 1 S. 274, 275.

Im Konkurse des Cedenten steht der Cessionar, dem in secur. cedirt, nicht anders, als jeder Pfandgläubiger, d. h. er kann nicht für seine ganze sichergestellte

Forderung tributarische Befriedigung aus der Masse verlangen und sich dann wegen des dabei nicht gedeckten Betrages aus der cedirten Forderung befriedigen, sondern aus der Masse nur Befriedigung insoweit fordern, als er durch die cedirte Forderung nicht befriedigt wird. KonkO. §§ 64, 153, 155, 156, 168 Nr. 3, 169. RG. 24 S. 45.

18. Im Verhältniß zwischen Cedenten und Cessionar kommen besonders die Pflichten des Cedenten aus der Abtretung in Betracht. Nach den §§ 402, 403 (§ 410) ist der Cedent wie nach dem bisherigen Recht verpflichtet, dem Cessionar die zur Forderung gehörigen und zu ihrer Verfolgung dienenden Urkunden, die er besitzt, auszuliefern, jede erforderliche Auskunft zu geben, CPO. § 836 Abs. 3, und außerdem eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auf Kosten des Cessionars auszustellen, ohne die nach § 410 der Schuldner nicht zu leisten braucht. SBGB. § 790. C. c. art. 1689. StrA. 47 S. 149, 98 S. 178, 97 S. 120, 99 S. 90. ObTr. 81 S. 25, 73 S. 233. Der Anspruch auf Herausgabe der Schuldurkunde folgt aus dem Gläubigerrecht, BGB. § 97, und steht deshalb auch dem späteren Cessionar gegen den ersten Cedenten zu, was in StrA. 83 S. 159 unrichtig verneint wurde. Bei Theilcession von Hypotheken trifft § 1152 Bestimmung; bei Theilabtretung anderer Forderungen kann der Cedent sich bei der klaren Vorschrift des § 402 dem Cessionar gegenüber nicht darauf berufen, daß auch er Gläubiger. Der Cessionar geht vor, wenn der Cedent sich nicht durch Vertrag gesichert hat. Da der Cedent nicht mehr Gläubiger ist, kann er ohne Zustimmung des Cessionars die Forderung weder selbst weiter geltend machen, noch weiter abtreten, § 408, die Verjährung nicht mehr unterbrechen, für die abgetretene Forderung im eigenen Namen nicht mehr Bürgschaft oder Pfandrecht begründen, nur noch als Mandatar oder neg. gestor. RG. 52 S. 181.

Zieht der Cedent die Forderung ein und wird der Schuldner dadurch oder durch ein anderes Rechtsgeschäft befreit, § 407, so haftet der Cedent dem Cessionar aus § 816 Abs. 2 und aus dem der Abtretung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft. Zieht der Verwalter in seinem Konkurse die Forderung ein, so wird die Masse rechtlos bereichert. KonkO. § 59 Nr. 3. Vgl. oben OHG. 9 S. 166. ObTr. 22 S. 133. StrA. 6 S. 1.

Tritt der Cedent (oder der Verwalter in seinem Konkurse) die Forderung noch einmal ab, so wirkt dies gegen den Cessionar nicht; ihm gegenüber ist der spätere Cessionar ein Nichtberechtigter, mag ihm die Schuldurkunde übergeben sein oder nicht. Vgl. zu §§ 1254 ff. über die Gestaltung dieser Frage bei der Abtretung von Hypotheken und Grundschulden. Vgl. RE. 2 Nr. 212 S. 275 und RG. 10 S. 197, 200 über Preuß. Recht. Zahlt der Schuldner an den späteren Cessionar nach §§ 407, 408 wirksam, so haftet der Cedent dem ersten Cessionar aus § 816 Abs. 1, der spätere Cessionar dem ersten Cessionar aus §§ 816 Abs. 2, 818, 819. Anders SBGB. § 973 und C. c., letzterer in Folge der Bedeutung der Signifikation. RG. 11 S. 362. In StrA. 74 S. 158 hatte A an B und der Verwalter in seinem Konkurse nochmals an C cedirt, der Schuldner an C gezahlt; B forderte die Cessionsvaluta, die C gezahlt, aus der Masse; diesen Anspruch aus dem Abtretungsvertrage zwischen dem Verwalter und C hatte B nicht.

Alles dies gilt auch, wenn nach der Abtretung die abgetretene Forderung einem Dritten durch den Richter überwiesen wird. § 408 Abs. 2. Vgl. Entw. CPO. § 743 a. Ist der Schuldner nicht befreit, die Forderung deshalb nicht getilgt, so kann der erste

Cessionar den Anspruch des Schuldners auf Rückerstattung gegen den Leistungsempfänger aus eigenem Recht nicht geltend machen, aber ex jure cesso. Vgl. RG. 41 S. 150 (gem. R.).

19. Gewährleistung. RE. 2 Nr. 212a. Die Gewährleistungspflicht des Cedenten folgt nicht aus der Abtretung., sondern aus dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft und ist nach der Natur desselben verschieden. SBGB. § 971. Das BGB. hat deshalb die im Entw. I § 298 enthaltene Vorschrift ausgeschieden, daß der Cedent dem neuen Gläubiger nur für den rechtlichen Bestand hafte, auf diese Haftung die §§ 370, 371, 373—377, 379, 380 mit der Maßgabe Anwendung finden, daß als Dritter im Sinne der §§ 374—377 auch der Schuldner anzusehen sei. Der § 300 Entw. I sagte ausdrücklich, daß bei cessio legis der bisherige Gläubiger weder für den rechtlichen Bestand der Forderung noch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners haftet, sofern nicht aus dem Rechtsverhältniß zwischen dem alten und neuen Gläubiger ein Anderes sich ergiebt.

Das BGB. behandelt die Gewährleistung bei dem Kauf, §§ 434, 435, 437, 438, datio in sol., § 365, Schenkung, §§ 523, 524, 529, bei der Theilung, §§ 757, 2042, beim Vermächtniß, §§ 2170, 2182, 2183, beim Erbschaftskauf, §§ 2376, 2385. Für Erbschaftskauf und Vermächtniß sind besondere Grundsätze aufgestellt; für Vermögensübertragung gilt nichts Besonderes. Die Regeln für den Kauf von Forderungen gelten auch für die dat. in sol., die Theilung, den Tausch. § 515. Für die Abtretung durch den Richter bestimmt § 835 Abs. 2 CPO. Bei der cessio legis fehlt es für eine Gewährleistungspflicht an dem Rechtsgrunde. Vgl. ALR. I 11 § 444. C. c. art. 1707, 1845.

Bei entgeltlicher Abtretung haftet der Cedent nach §§ 437, 438 übereinstimmend mit dem gem. Recht, l. 4 § 5 D. 18, 4, l. 74 § 3 D. 21, 2, SBGB. § 971, C. c. art. 1693—1695, zum Theil abweichend von ALR. I 11 §§ 420 ff. 427 ff., grundsätzlich nur für den rechtlichen Bestand der Forderung, nomen verum. Die Haftung kann durch Vertrag gemäß § 443 ausgeschlossen werden und fällt fort, wenn der Cessionar den Mangel gekannt hat. § 439 Abs. 1. Alles dies ist alten Rechts. Vgl. StrA. 18 S. 127. Der Anspruch aus § 437 geht durch Weiterabtretung nicht verloren, kann abgetreten werden. Vgl. StrA. 31 S. 177.

In Betracht kommt der rechtliche Bestand zur Zeit der Abtretung. Die oben erwähnten Fälle der wirksamen Zahlung des Schuldners nach der Abtretung an einen anderen als den Berechtigten fallen deshalb nicht unter § 437. Vgl. ObTr. 12 S. 238. StrA. 48 S. 361. Deshalb erstreckt sich die Haftung auch nicht auf Abweisung der Forderung im Prozeß gegen den Schuldner, wenn der Cessionar die Abweisung durch sein Verhalten herbeigeführt hat. ObTr. 61 S. 46 (Nichtableistung eines Eides, der zu Unrecht de veritate normirt). Die Streitverkündung ist nicht geboten, aber nützlich. SBGB. § 933. CPO. § 841 macht sie bei Ueberweisung durch den Richter zur Pflicht. Vgl. ALR. I 11 §§ 143 ff., 426.

Nach § 442 BGB. hat der Cessionar den Mangel im Rechtsbestande zu beweisen. Der Mangel kann darin bestehen, daß die Forderung nie oder zur Zeit der Abtretung nicht mehr bestanden hat, weil sie erloschen, getilgt, bezahlt oder durch Aufrechnung erloschen, verjährt war, oder darin, daß sie dem Cedenten nicht zustand, sondern einem Dritten. Vgl. § 185 (Konvalescenz). Der Cedent haftet, wenn die abgetretene Forderung verpfändet ist, dem Nießbrauch eines Anderen unterliegt, der Cessionar das

Gläubigerrecht nicht geltend machen kann, z. B. auch dann, wenn ihm ein wirksames p. de non ced. entgegensteht, oder der Cedent die zur Ausübung des Klagerechts erforderliche Legitimation nicht beschaffen kann, oder die Nebenrechte, Bürgschaft, Pfand, nicht bestehen, die mitübertragen und mitübergegangen sind.

Nach § 440 bestimmen sich die Voraussetzungen und der Inhalt des Anspruchs aus der Haftung für den Rechtsbestand nach den §§ 320ff. über gegenseitige Verträge. Die Vorschrift in § 440 Abs. 2 findet auf Forderungen keine Anwendung, wohl aber Abs. 3. Die Verweisung auf die §§ 320ff. macht es sicher, daß der Anspruch aus der Haftung nach § 437 ein Anspruch aus dem kausalen Rechtsgeschäft ist, zu dessen Erfüllung gehört, daß bei mangelndem Rechtsbestand zur Zeit der Abtretung der Vertrag über die Abtretung nicht als Vertrag über Nichtexistirendes, §§ 306, 308, behandelt wird, und daß der Anspruch durch den Nachweis, daß die Forderung nicht besteht, begründet wird, ohne Unterschied des Falls der Nichtexistenz von Anfang an oder des späteren Unterganges, § 325. Da die bloße Existenz einer Gegenforderung die abgetretene Forderung nicht beseitigt, § 388, kann die Haftung darauf allein nicht gegründet werden, und regelmäßig hat der Cessionar den Schuldner in Anspruch zu nehmen. Hat der Schuldner im Prozeß die Gegenforderung erhoben, so kann der Cessionar nicht gezwungen werden, den Prozeß fortzusetzen, wenn er beweisen kann, daß die Gegenforderung besteht. Vgl. abweichend ObTr. 74 S. 240 (StrA. 93 S. 202). RE. 2 Nr. 212a Erk. a. Nach BGB. ist es ganz zweifellos, daß die Haftung aus § 437 nicht Bürgschaft ist. ObTr. 59 S. 108. Noch weniger kann vom Cessionar die Klage und deren Durchführung gegen den Schuldner verlangt werden, wenn er beweisen kann, daß die Forderung vor der Abtretung an ihn einem Anderen abgetreten ist oder dem Cedenten sonst nicht zugestanden hat. Vgl. Gruchot, 26 S. 958. Von selbst fällt die Pflicht zur Klage gegen den Schuldner fort, wenn wie bei abgetretener Anweisung nicht einmal der Cedent verpflichtet ist, den Angewiesenen in Anspruch zu nehmen. §§ 792, 787, 788, 789. Vgl. ObTr. 15 S. 155. RE. 2 Nr. 212 Erk. c.

Der Inhalt des Anspruchs aus der Haftung für den Rechtsbestand ist in ALR. I 11 §§ 425, 440, abweichend vom gem. Recht, RG. 8 S. 107, ObTr. 73 S. 47 (anders), auf den Betrag der Cessionsvaluta und die vergeblich aufgewendeten Kosten beschränkt, ebenso wie in § 440 a. a. O. u. C. c. art. 1694 für den Fall der Haftung für die Sicherheit. RG. 16 S. 273, 17 S. 318. StrA. 18 S. 195, 42 S. 83, 85 S. 181. ObTr. 72 S. 30. OHG. 14 S. 226, 230. RG. 2 S. 202, 205. Nicht die Forderung und deren Werth, sondern die Valuta, der Kaufpreis galt wie bei der Eviktion von Sachen als Gegenstand des Anspruchs. RG. 7 S. 217. OHG. 11 S. 196. In StrA. 42 S. 83, wo A an B zu liefern, B seinen Anspruch an C cedirt hatte, der Anspruch durch Nichtleistung der bedungenen Zahlung Seitens des B verloren gegangen war, ist der Anspruch des C gegen B auf die Differenz abgewiesen, nur der Anspruch auf die Cessionsvaluta zugelassen. Streitig war für ALR., ob die §§ 425, 440, I 11, welche die Gewährleistung auf den Betrag der Valuta beschränkten, Verbotsgesetze, die durch Vertrag nicht zu beseitigen, was das ObTr. bejahte, das RG. 4 S. 274 verneinte. RG. 31 S. 260.

Das BGB. läßt durch die Verweisung auf die §§ 320ff. seine Auffassung nicht unklar. Es stellt die Haftung wegen des nicht rechtlichen Bestandes der Forderung der Haftung wegen verschuldeter Nichterfüllung gleich. Nach § 325 kann der Cessionar vom Vertrage zurücktreten, §§ 364ff., oder sein Interesse fordern, d. h. was er gehabt haben würde, wenn die Forderung rechtlich bestanden hätte, grundsätzlich also

den Nominalbetrag, wenn nicht die Umstände des Falls, der Vertrag, z. B. die Abtretung der Forderung als unsicher, zu einem anderen Ergebnis führen. RG. 8 S. 107. C. c. art. 1599, 1630. l. 4, 5 D. 18, 4. l. 74 § 3 D. 21, 2. Durch Vertrag kann die Interesseforderung ohne Rücksicht auf die Valuta normirt werden, soweit nicht § 138 entgegensteht. Die Erstattung der Prozeßkosten gehört immer zu dem zu ersetzenden Schaden.

Ist der Rücktritt gewählt, so kann das Interesse nicht gefordert werden. Vgl. RG. 31 S. 260. In dem obigen Falle StrA. 42 S. 83 trifft § 325 ebenso zu wie in dem Falle ObTr. 3 S. 324, RE. 1 Nr. 101 Erk. c., wo die Wittwe A ein für sie eingetragenes lebenslängliches, aber an den Wittwenstand gebundenes Wittum an B abgetreten, nach der Abtretung wieder geheirathet hatte, das Wittum dadurch fortgefallen war. In ObTr. 43 S. 116, RE. 2 Nr. 212a Erk. b, war von einer Hypothek ein Theil mit der Zusicherung cedirt, daß der Rest getilgt und gelöscht, während er noch ungetilgt eingetragen stand, bei der Subhastation der cedirte Theil wegen des ungelöschten, mit Vorrecht eingetragenen Restes ausgefallen. Auch nach BGB. würde hier der Cedent aus §§ 276, 119, 122 und dem Vertrage haften, obwohl die Zusage keine solche für die Sicherheit oder die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, auch der rechtliche Bestand der Forderung nicht berührt war, weil eine andere Forderung abgetreten ist, als abzutreten war.

Für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, nomen bonum, haftet der Cedent nach § 438 nur bei Uebernahme dieser Haftung durch Vertrag. Dabei handelt es sich nicht um Bürgschaft. §§ 765, 766. Im Zweifel soll sich die Haftung nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung beziehen, C. c. art. 1695, ALR. I 11 §§ 431, was seinen guten Grund in der der Gewährleistung analogen Natur dieser Haftung hat, wenn auch nach BGB. keinem Bedenken unterliegt, daß die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel der Sache in den §§ 459 ff., insbesondere auch der §§ 477 ff. über die Verjährung, auf Forderungen keine Anwendung finden, weil die Nichtzahlung, Nichtbeitreibbarkeit einer Forderung kein Mangel der Forderung im Sinne des § 459 ist und die Forderung keine Sache im Sinne des BGB. ist. Das war schon im Preußischen Recht trotz der allgemeinen Unterstellung der Forderung unter dem Begriffe der beweglichen Sache anerkannt. Vgl. ObTr. 64 S. 10 (StrA. 80 S. 138). RE. 2 Nr. 212a Erk. g. Für den C. c. und das SBGB. ist es nie bestritten. Im ALR. I 11 §§ 432 ff. sind detaillirte Vorschriften über die vom Cessionar zu prästirende Sorgfalt bei Kündigung, Ausklagung und Beitreibung der Forderung und den Verlust des Regresses bei Nichtbeobachtung derselben gegeben, auch Vermuthungen für die Unsicherheit des Schuldners zur Zeit der Cession unter gewissen Voraussetzungen (Konkurs, Exekution) aufgestellt, die auch bei vertragsmäßiger Uebernahme der Haftung zur Anwendung gebracht wurden. ObTr. 1 S. 135, 50 S. 134. Unstreitig war, daß der Cedent durch Vertrag eine weitergehende Haftung für Sicherheit zur Zeit des Verfalls und selbst für den Eingang der Forderung, selbst die darin allein nicht enthaltene Bürgschaft für den Schuldner übernehmen konnte. RG. 35 S. 160, 37 S. 288, 4 S. 274.

Nach BGB. ist aus dem Vertrage, dem pact. de cedendo, das mit dem Abtretungsvertrage oft verbunden ist, — zu entnehmen, ob und in welchem Umfange die Haftung für die Zahlungsfähigkeit besteht. Ueber Voraussetzung und Inhalt des Regresses sagt das BGB. nichts. Die Beschränkung des Regresses in ALR. I 11 § 440, C. c. art. 1694 auf die Valuta ist nicht aufgenommen. Regelmäßig hat der

Cessionar durch Verfolgung des Schuldners und der Nebenrechte, Bürgschaft, Pfand, zunächst darzuthun, ob und was zu erlangen ist. Dann hat er den Regreß durch den Nachweis zu begründen, daß der Schuldner zu der nach dem Vertrage entscheidenden Zeit zahlungsunfähig war, wenn die Sachlage den Beweis nicht erübrigt. Diese Sachlage kann selbst die vorgängige Inanspruchnahme des Schuldners erübrigen. OHG. 6 S. 234. Keine Voraussetzung des Regresses ist der Nachweis der gehörigen Sorgfalt in Beitreibung der Forderung. Dem Cedenten ist aber der Nachweis nicht abzuschneiden, daß der Cessionar den Ausfall durch Saumseligkeit ganz oder theilweise verschuldet hat, selbst wenn der Cedent die Haftung unbeschränkt übernommen hat. RG. 37 S. 288.

Bei unentgeltlicher Abtretung beschränkt sich die Haftung des Cedenten für den Rechtsbestand gemäß § 523 Abs. 1 auf Arglist und culpa lata. Für die Bonität haftet der Schenker nur bei vertragsmäßiger Uebernahme. Im Wesentlichen stimmt dies mit dem früheren Recht. ALR. I 11 §§ 378, 1083, 1084. SBGB. §§ 971, 949, 1055. l. 18 § 3 D. 39, 5. Vgl. das Nähere zu §§ 516 ff.

20. Die Abtretung überträgt nach §§ 398, 401 die Forderung mit der Qualität, die sie bei dem Cedenten hatte. Der Cessionar tritt als Gläubiger an die Stelle des Abtretenden. Bei Forderung aus gegenseitigem Vertrage fordert der Cessionar nur so, wie der Cedent fordern konnte. OHG. 12 S. 77. RG. 6 S. 377, 13 S. 11. Das Gläubigerrecht wird durch die Abtretung nicht schlechter und nicht besser. Der Cessionar von Zinsen und Gewinnantheil aus Gesellschaft kann Zahlung erst fordern, sobald dem Gesellschaftsvertrage entsprechend die Forderung festgestellt ist. Der Cessionar des Miterben muß die Nachlaßtheilung abwarten, wenn ihm die Forderung an den Nachlaß cedirt ist. Der Cessionar hat aber auch die Rechte aus dem vom Cedenten erstrittenen Judikat, mag die Forderung vor oder nach dem Judikat abgetreten sein.

Ebenso ist anzunehmen, daß bei Cession einer Forderung, für die dem Cedenten in der Zwangsvollstreckung eine Ueberweisung zur Einziehung ertheilt ist, das Recht aus dieser Ueberweisung auf den Cessionar übergeht. Vgl. ObTr. 4 S. 224 und 34 S. 450.

Andererseits hat der Cessionar die Rechte aus Pfand, Bürgschaft, Hypothek und macht die Forderung auch anderen Gläubigern des Schuldners gegenüber so geltend, wie der Cedent sie geltend gemacht hätte. § 401. Alles dies ist nicht neu. ALR. I 11 §§ 402 ff. SBGB. §§ 954, 965, 969. C. c. art. 1692, 2093 ff. ObTr. 71 S. 31. RG. 33 S. 269 (Bürgschaft). Zu den Pfandrechten gehört das Pfändungspfandrecht und das gesetzliche Pfandrecht und der Anspruch auf Einräumung eines solchen, §§ 647, 648, 704. Der Uebergang des Faustpfandes ist auch in § 1250 ausgesprochen, in § 1251 daran der Satz geknüpft, daß der Cessionar vom Cedenten die Herausgabe des Pfandes fordern kann, mit der Uebergabe aber auch in die Pflichten des Pfandgläubigers dem Verpfänder gegenüber eintritt, während der Cedent als ursprünglicher Pfandgläubiger von seiner Pflicht, § 1215, nicht befreit wird, aber in die Stelle eines selbstschuldnerischen Bürgen tritt. Zu einem gleichen Ergebniß war schon RG. 7 S. 194 für Preuß. Recht in einem Fall gelangt, wo der Gläubiger und Pfandnehmer das Pfand an den Dritten ausgehändigt, der ihn befriedigt hatte und dadurch nach ALR. I 16 § 46 in seine Rechte getreten war. Der Pfandnehmer wurde zur Herausgabe des Pfandes an den Schuldner nach Zahlung der Schuld verurtheilt.

Dasselbe muß auch für die Fälle der cessio legis nach § 412 BGB. gelten, und

für den Fall der Ueberweisung einer Forderung mit Faustpfand in der Zwangsvollstreckung bestimmt jetzt § 838 CPO., daß der Schuldner das Pfand an seinen Gläubiger, dem die Forderung überwiesen, nur gegen Sicherheit für die Haftung herauszugeben hat, die für ihn aus einer Verletzung der dem Pfandgläubiger gegenüber dem Verpfänder obliegenden Verpflichtungen entstehen kann.

Daß mit der abgetretenen Forderung die vom Schuldner, dem Bürgen oder einem anderen Dritten bestellte Hypothek übergeht, sagt auch § 1153. Eine Ausnahme macht § 1190 für die Kautionshypothek, wenn die Cession nicht gemäß § 1154 erfolgt. Vgl. über das Verhältniß des § 401 zu den §§ 1153, 1154, 1190 dort das Nähere. Auch nach BGB. ist nicht bedenklich, daß auf den Cessionar auch das Recht aus einer Vormerkung übergeht, § 883, ObTr. 65 S. 282, 285, 286, ferner das Anfechtungsrecht zur Durchführung der Forderung, OHG. 5 S. 44 (gem. Recht). Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, HGB. I Art. 313, HGB. II §§ 369 ff., dagegen ist weder Vorrecht noch Pfandrecht, kann immer nur aus eigenem Recht entstehen, nicht aus dem des Cedenten. OHG. 5 S. 304, 10 S. 162. ObTr. 62 S. 198. Wenn A wegen Wechselforderung dem B Pfand gegeben, B befriedigt ist, kann B wegen Forderung die ihm sodann cedirt worden, das Pfand nicht retiniren. Wenn A Forderung aus Handelsgeschäften gegen B an C cedirt, kann C im Konkurse des B nicht Absonderungsrecht an Sachen geltend machen, die ihm von A zur Verfügung des B übergeben sind.

Durch § 401 Abs. 2 ist die gemeinrechtliche Kontroverse darüber entschieden, wieweit die Vorrechte des Cedenten bei Verfolgung der Forderung im Konkurse und in der Exekution auf den Cessionar übergehen. Es gehen nur die mit der Forderung verbundenen Vorzugsrechte über, d. h. solche, welche der Forderung als solcher, wenn auch nur mit Rücksicht auf die Person des Cedenten zustehen. KonkO. §§ 48, 49, 57 ff., 61. Vgl. RG. 3 S. 34, 43; 4 S. 337 für das frühere Recht und die Fälle der cessio legis. (§ 774 [Zahlung durch Bürgen]. Privilegium der Preuß. Landschaften in der Subhastation.) Den Gegensatz bilden die „persönlichen Befugnisse des Cedenten", wie § 404 I 11 ALR. sie bezeichnete, z. B. die Gebührenfreiheit des Fiskus, das Recht des Inländers auf den einfachen Gebührenvorschuß, CPO. § 110, das Recht des Minderjährigen aus § 206 BGB. für die Verjährung.

Nach § 405 I 11 ALR. sollte auch der Cessionar sich seiner persönlichen Vorrechte gegen den Schuldner nicht bedienen dürfen, die Lage des Schuldners auch darin nicht erschwert werden. § 408 I 11 ALR. Nach ObTr. 51 S. 412 sollte deshalb der Inländer, dem ein Ausländer eine Forderung gegen einen Ausländer cedirt hatte, sich darauf nicht berufen dürfen, daß der Inländer gegen einen Ausländer im Inlande Arrest ohne Bescheinigung der Forderung ausbringen dürfe. Preuß. AGO. I 29 §§ 88, 89. Demnach würde dann auch der Cessionar, der minderjährig, sich auf § 206 BGB. nicht berufen dürfen. Das BGB. stellt einen solchen Rechtssatz aber nicht auf. Der Cessionar wird durch die Abtretung Gläubiger und macht die Forderung als eigene geltend, als ob sie für ihn entstanden, wenn sie dadurch nicht objektiv erweitert wird, was durch § 404 verhindert wird.

Die obligatorischen Ansprüche des Cedenten aus dem Rechtsverhältniß zu seinem Cedenten gehen auf den Cessionar nicht über, weil sie nicht das Gläubigerrecht gegen den Schuldner betreffen, so wenig wie die obligatorischen Ansprüche des Verkäufers einer Sache aus dem Kaufvertrage mit seinem Verkäufer auf seinen Käufer übergehen, weil sie mit dem Eigenthum an der Sache nichts zu thun haben. Der Anspruch aus der Gewährleistung, der nicht

aus der Abtretung, sondern aus dem kausalen Rechtsgeschäft folgt, geht deshalb auf den Cessionar nicht über, kann ihm aber abgetreten werden, auch wenn er selbst keinen Anspruch gegen seinen Cedenten hat. ObTr. 71 S. 31 (StrA. 90 S. 307), RE. 2 Nr. 212 Erk. b, wo A an B mit Gewähr für Richtigkeit und Sicherheit eine Hypothek cedirt, B an C weiter cedirt hatte, die Hypothek bei der Subhastation ausgefallen war und C gegen D, der ein Grundstück von A gekauft hatte, wegen des Ausfalls auf Ungültigkeitserklärung des Kaufs aus dem Anfechtungsgesetz klagte. Die Klage ist abgewiesen, weil C einen Anspruch wegen des Ausfalls gegen A nicht hatte. Ebenso StrA. 31 S. 177.

Bei Theilcession folgt aus der Abtretung allein nicht, daß der abgetretene Theil die Priorität vor dem dem Cedenten verbliebenen Theil hat, da solch Vorrecht bei der Abtretung nicht bestand. Vgl. § 1151.

In welchem Umfange die Forderung abgetreten, ist im Uebrigen aus dem Vertrage über die Abtretung zu entnehmen, durch den die Folgen der Abtretung abweichend von § 401 bestimmt werden können. Bei verzinslichen Forderungen ist das Zinsrecht als mitabgetreten ohne Weiteres anzusehen, ebenso das Recht aus einer mit der Forderung verbundenen Strafabrede. Rückstände vorbedungener Zinsen und verfallene Strafe können für sich abgetreten werden, sind nicht Zubehör, und müssen deshalb ausdrücklich abgetreten werden. ObTr. 82 S. 235. Verzugszinsen werden, obwohl sie selbständig abtretbar, regelmäßig als Erweiterung der Forderung als mitabgetreten zu gelten haben.

V. Wirkung der Abtretung. Verhältniß zwischen Cessionar und Schuldner. 21. Nach § 398 Satz 2 wird der Cessionar durch die Abtretung Gläubiger, wie im Verhältniß zu dem Cedenten und jedem Dritten, auch dem Schuldner gegenüber. Befriedigt der Schuldner ihn, so hat er alle Rechte des Schuldners gegen den befriedigten Gläubiger, §§ 368 ff. ObTr. 63 S. 281 (Anspruch auf Löschung, Quittung, Herausgabe des Dokuments). Das stimmt mit dem ALR. und dem SBGB. §§ 972 ff. überein, ObTr. 67 S. 284, OHG. 23 S. 314, Seuff.A. 42 Nr. 186, weicht aber ganz ab von C. c. art. 1690, 1240, wonach die Wirkung der Cession auch gegen den Schuldner und Dritte von dem Formalakt der Signifikation oder der urkundlichen Anerkennung durch den Schuldner abhing, vorher auch dem Schuldner deshalb nicht die Einrede gegen den Kläger, daß er cedirt, gegeben war. RG. 11 S. 339, 29 S. 294. Das gilt gemäß EG. Art. 170 auch nach dem Inkrafttreten des BGB. für Cession, die vorher im Gebiete des französischen Rechts erfolgt oder nach demselben zu beurtheilen ist. RG. 53 S. 199.

Für jedes Recht versteht sich aber von selbst, daß der Schuldner nicht verpflichtet sein kann, das Gläubigerrecht des Cessionars zu respektiren, wenn er es nicht kennt, und daß der Schuldner nicht Nachtheil daraus leiden kann, daß er es nicht kennt. Nach gem. Recht, ALR. und SBGB. blieb der Cedent deshalb dem Schuldner gegenüber als Gläubiger legitimirt, bis dem Schuldner die Cession gehörig bekannt gemacht war. Als gehörige Bekanntmachung galt nach gem. Recht die durch den Cedenten oder Cessionar, OHG. 23 S. 814, nach ALR. I 11 §§ 414 ff. grundsätzlich die durch den Cedenten, nach SBGB. §§ 792 ff. die durch Gericht, Cedenten oder legitimirten Cessionar. Nach allen Rechten konnte der Schuldner bis zu der auf diesen Wegen vermittelten Kenntniß von der Cession mit dem Cedenten gerichtlich und außergerichtlich über die Forderung verhandeln, sich durch Zahlung oder anderes Rechtsgeschäft befreien, die Forderung ändern, aufheben, alles mit Wirkung

gegen den Cessionar als den wahren Gläubiger; Kenntniß anderer Art wirkte nur bei Arglist und Kollusion. RG. 27 S. 317.

Das BGB. fordert eine formale Benachrichtigung nur im Falle des § 411 im Intresse gewisser öffentlicher Kassen und der Beamten derselben, die Diensteinkommen, Wartegeld, Ruhegehalt an die dort bezeichneten Personen auszuzahlen haben und bei Abtretung, soweit solche zulässig, § 400, CPO. § 850 Nr. 5, 6, 8, sichere Gewähr über die Abtretung und die Person des neuen Gläubigers haben sollen. Solange die Kasse nicht durch Aushändigung einer öffentlich beglaubigten Urkunde des Cedenten von der Abtretung benachrichtigt ist, gilt die Abtretung als ihr nicht bekannt, auch wenn sie Kenntniß von der formlosen oder förmlichen Abtretung hat. Bis zur Aushändigung der Urkunde braucht der Kassenbeamte sich um die Abtretung nicht zu kümmern und kann ohne Gefahr an den Cedenten auszahlen, obwohl dieser nicht mehr Gläubiger ist. Auf eine Benachrichtigung anderer Art braucht sich auch die zahlungspflichtige Behörde nicht einzulassen. Das gilt auch hier wie in den §§ 409, 410 zum Vortheil, nicht zum Nachtheil des Schuldners, der ohne solche Urkunde an den wahren Gläubiger zahlt. Durch wen die Benachrichtigung erfolgt, ist gleichgültig. Erst mit der Aushändigung der Urkunde steht die Kasse wie der Schuldner, der Kenntniß von der Abtretung hat. §§ 406, 407, 408. Ob der abgetretene Theil abtretbar, ist natürlich immer zu prüfen, und gefälschte Benachrichtigung ist ebenso unwirksam wie gefälschte Cession.

In allen anderen Fällen ist durch die §§ 406, 407, 408 BGB. die förmliche Denuntiation (Signifikation) durch die formlose Kenntniß des Schuldners von der Abtretung ersetzt, auch wenn sie nicht durch den Cedenten oder Cessionar vermittelt ist. Vgl. §§ 720, 1158, 1473 Abs. 2, 2019, 2111, und die §§ 575, 576.

Die Vermittlung der Kenntniß durch den Cedenten oder Cessionar ist in den §§ 409, 410 nur mit besonderer Wirkung ausgestattet. Nach § 409 berechtigt die Anzeige, schriftliche oder mündliche, durch den Cedenten den Schuldner, den Cessionar als Gläubiger anzusehen, auch wenn die Abtretung nicht oder nicht wirksam (zum Schein, irrthümlich, erzwungen, in Folge Täuschung, nach anderweiter nicht angezeigter Abtretung) erfolgt ist. Ebenso wirkt die Anzeige der Abtretung durch den Cessionar unter Vorlegung der (echten) Abtretungsurkunde, und nach § 410 wird die Abtretungsurkunde durch schriftliche Anzeige der Abtretung Seitens des Cedenten ersetzt. Ohne solche schriftliche Anzeige oder Vorlegung der Abtretungsurkunde braucht sich der Schuldner selbst auf Mahnung oder Kündigung Seitens des Cessionars nicht einzulassen, § 410 Abs. 1 Satz 2. Die schriftliche Anzeige oder die Vorlegung der Abtretungsurkunde stellt die volle Legitimation des Cessionars dem Schuldner gegenüber her, der auch die Beglaubigung der Urkunde muß fordern können, wie nach § 403 der Cessionar beglaubigte Abtretungsurkunde vom Cedenten fordern kann, da den Schuldner wie nach bisherigem Recht, OHG. 2 S. 306, StrA. 47 S. 149, Rechtshandlungen mit dem durch gefälschte Cessionsurkunde legitimirten Cessionar gegen den Cedenten und Dritte selbstverständlich nicht schützen, wenn der Cedent nicht selbst die Abtretung angezeigt hat.

Hat aber der Schuldner ohne die Beibringung der vollen Legitimation auch nur Kenntniß davon, daß die Forderung abgetreten ist, so darf er die Beibringung der vollen Legitimation zwar fordern, aber auch ohne diese nicht zum Nachtheil des wahren Gläubigers handeln, und trotz der Beibringung der vollen Legitimation darf

er bei Kenntniß davon, daß einem Dritten früher abgetreten ist, nicht zum Nachtheil dieses Dritten handeln. §§ 407, 408.

Ein klares und sicheres Recht ist damit nicht geschaffen. Was Kenntniß und was zur Herstellung der Kenntniß ohne Mittheilung Seitens des Cedenten oder Cessionars erforderlich oder genügend, ob namentlich Mittheilung durch Dritte genügend, wird vielfach zweifelhaft sein und zu bedenklichen und chikanösen Einreden und Eiden führen, da dem Schuldner die Einwendung, daß cedirt sei, nicht abgeschnitten werden kann. In der Praxis wird darauf zu halten sein, daß die Vermittlung der Kenntniß dargelegt wird.

22. Aus den §§ 409, 410 folgt, daß der Cessionar sich dem Schuldner gegenüber legitimiren muß, sei es durch schriftliche, auf Verlangen zu beglaubigende Abtretungsurkunde, sei es durch schriftliche Anzeige des Cedenten von der Abtretung. Die bloß mündliche Anzeige des Cedenten berechtigt zwar den Schuldner, den Cessionar als Gläubiger zu behandeln und er handelt auf seine Gefahr, wenn er sich zum Nachtheil des Cessionars mit einem Anderen einläßt, aber sie hindert ihn nicht, die urkundliche Legitimation zu fordern. Nach § 410 Abs. 1 Satz 2 kann er Kündigung und Mahnung Seitens des Cessionars nach der bloß mündlichen Anzeige zurückweisen, er geräth dadurch nicht in Verzug, StrA. 30 S. 212, 34 S. 266. Er muß sie aber, wenn er sie nicht gelten lassen will, unverzüglich, d. h. nach § 121 BGB. ohne schuldhaftes Zögern, zurückweisen, sonst kann er sich, wenn der Cessionar Gläubiger, später auf die mangelnde Legitimation zu Mahnung und Kündigung nicht berufen, weil dies gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Vgl. §§ 111, 174 BGB., und RG. 11 S. 260 (Erbe) für früheres Recht.

Zu beachten ist dabei, daß der Schuldner bei cedirter Forderung aus Wechseln oder Legitimationspapieren auch die Vorlegung des Papiers, an welches die Forderung geknüpft, fordern kann und auf seine Gefahr handelt, wenn er dies unterläßt, weil z. B. die Cession der Wechselforderung ohne Uebergabe des Wechsels die gültige Uebertragung des Rechts aus dem Wechsel an einen Anderen nicht hindert, bei Legitimationspapieren der Schuldner stets fahrlässig handelt, der sich mit dem Cessionar einläßt, der das Papier nicht vorlegen kann. Der Schuldner handelt auch dann auf seine Gefahr, wenn er sich mit dem Cessionar lediglich auf Grund unbeglaubtigter Urkunde oder ohne Urkunde einläßt.

Die Legitimationspflicht des Cessionars tritt spätestens im Prozeß ein; hat er sich vorher nicht legitimirt, so setzt auch die Klageerhebung ohne gleichzeitige Legitimationsführung den Schuldner nicht in Verzug und der Cessionar trägt die Prozeßkosten, wenn der Schuldner nach der Legitimationsführung die Forderung anerkennt. CPO. § 94. Mängel in der Legitimation und Umstände, die trotz der formalen Legitimation Zweifel über das Gläubigerrecht des Cessionars begründen, die der Schuldner nicht ohne den Vorwurf der Fahrlässigkeit unbeachtet lassen darf, wenn sie richtig, oder deren Lösung dem Schuldner nicht zuzumuthen, berechtigen den Schuldner zur Hinterlegung nach den §§ 372, 383 BGB. Vgl. auch §§ 839, 853, 854, 856 CPO. und § 75 CPO. Vgl. oben zu §§ 372 ff. S. 305 unter 6.

23. Da nach § 398 der Cessionar an die Stelle des Cedenten als Gläubiger tritt, erwirbt er die Forderung so wie sie in den Händen des Cedenten ist. Die Beschränkung der Wirkung der Abtretung durch die lex Anastasiana, W. 2 § 333, ist dem BGB. unbekannt, wie schon dem ALR., SBGB. und C. c. Vgl.

HGB. I Art. 292 und Preuß. Ges. v. 1. Februar 1864 (GS. S. 33). Die Forderung geht wie mit ihren Vorzügen so auch mit ihren Mängeln auf ihn über. Der Cessionar hat keine mehreren Rechte, als der Cedent; die Cession ändert an dem Recht nichts; die cedirte Forderung wird durch die Cession keine andere. Die cedirte Forderung geht mit ihren Mängeln über, d. h. mit allen gesetzlich begründeten Ansprüchen Dritter aus Pfandrecht, Pfändung, Arrest und mit allen Einreden behaftet, welche die Entstehung, Aenderung, Aufhebung der cedirten Forderung betreffen, mögen sie aus dem Rechtsverhältniß entsprungen, auf welchem die cedirte Forderung beruht, oder außerhalb desselben entstanden sein. Persönliche Ansprüche Dritter auf die Abtretung der Forderung berühren die Forderung nach den Grundsätzen des BGB. nicht, und verpflichten den Schuldner so wenig wie sie ihn berechtigen. Hat der Cedent die Forderung in eigenem Namen erworben, obwohl er sie für einen Anderen zu erwerben verpflichtet war, so geht der Anspruch des Auftraggebers nur gegen den Cedenten, nicht gegen den Cessionar oder den Schuldner, wenn dieser nicht arglistig kollusdirt hat.

Alle sonstigen Einreden, auch die der Rechtshängigkeit und des Judikats, qualificiren die Forderung ähnlich wie die Vorzüge, Vorrechte. Der § 404 läßt wie nach dem bisherigen Recht alle ursprünglichen Einreden aus dem Schuldverhältniß und alle Einreden bestehen, die mit Wirkung gegen den Cedenten bis zu dem Zeitpunkt entstanden sind, in welchem der Schuldner nicht mehr befugt ist, den Cedenten als Gläubiger anzusehen, §§ 406, 407, 408, grundsätzlich ohne Rücksicht auf bona oder mala fides des Cessionars.

Ueber die wesentliche Modifikation dieser Sätze bei Hypothek und Grundschuld vgl. zu §§ 1156, 1157.

24. Davon macht § 405 zwei bemerkenswerthe Ausnahmen, bezüglich des pactum de non cedendo und bezüglich der Einrede der Simulation der cedirten Forderung. Nach ALR. wurde die Einrede der Simulation der Forderung konsequent auch dem gutgläubigen Cessionar gegenüber zugelassen, da Cession einer simulirten Forderung nichts cedirt. RG. 36 S. 249 (simulirtes Judikat). Der § 405 schneidet sie, über § 122 weit hinausgehend, dem gutgläubigen Cessionar gegenüber — und seine mala fides hat der Schuldner ihm zu beweisen — dann ab, wenn der Schuldner über die Schuld eine Urkunde ausgestellt hat und die Forderung unter Vorlegung dieser Urkunde abgetreten ist. Die ratio des Gesetzes ist, daß der Gläubiger geschützt werden soll, der eine verbriefte Forderung erwirbt, weil er sich darauf muß verlassen können, daß der Schuldner sich nicht zum Schein verpflichtet hat, der Schuldner sich durch Ausschließung der Abtretung in der Schuldurkunde, § 399, schützen kann, die Berufung auf eigene Simulation Dritten gegenüber immer eine Arglist enthält. Die Worte des Gesetzes werden auch hier nicht so zu pressen sein, daß die Einrede der Simulation der abgetretenen Forderung gegen den gutgläubigen Cessionar nur dann versagt wird, wenn die Abtretung mit der Vorlegung der Schuldurkunde verbunden wird. Auch wenn die Schuldurkunde nachträglich vorgelegt wird, die Abtretung aber unter Bezug auf die Schuldurkunde und mit Rücksicht auf die Existenz einer solchen erfolgt ist, wird der gutgläubige Cessionar zu schützen sein. Der Schuldner, der dem Cessionar trotz der Nichtexistenz der Forderung verpflichtet ist, hat sich an den Cedenten zu halten, wenn dieser sich durch die Abtretung bereichert hat. Vgl.

RG. 9 S. 313. Auf den Fall simulirten Judikats, RG. 36 S. 249, wird § 405 mit bezogen werden müssen.

25. Bei nicht verbrieften Forderungen steht dem Schuldner die Einrede der Simulation der abgetretenen Forderung immer zu. Ebenso stehen dem Schuldner alle sonstigen Einreden aus dem Schuldverhältniß unbeschränkt zu. Wenn § 404 dem Schuldner alle Einreden beläßt, die zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren, so ist das insofern nicht ganz korrekt, als Einreden, die ihren rechtlichen Grund in dem Schuldverhältniß haben, bestehen bleiben, auch wenn sie erst nach der Abtretung ihr thatsächliches Fundament erhalten haben. Der Schuldner behält nicht nur die Einreden, die der Entstehung der Forderung anhaften (Irrthum, Zwang, Betrug, Simulation mit der Maßgabe aus § 405), ferner die Einreden, welche der Geltendmachung der Forderung aus ihrer Natur entgegenstehen (Forderung des Gesellschafters, der Nachlaßgläubiger) wobei namentlich die Forderungen aus gegenseitigen Verträgen in Betracht kommen, ferner die Einreden, welche den Schuldner hindern, an den Cedenten zu zahlen, z. B. weil vor der Abtretung die Forderung verpfändet, gepfändet, an einen Anderen abgetreten ist, die Einrede der nicht erhaltenen Valuta, die Einrede der Verjährung, die Einrede aus dem Verzuge des Cedenten.

Dem Schuldner steht auch die Einrede aus der Gewährleistung zu, auch wenn der Fall der Gewährleistung erst nach der Abtretung eingetreten ist. Der Anspruch aus der Gewährleistung hat seinen Rechtsgrund stets in dem Schuldverhältniß, aus dem die abgetretene Forderung herrührt. Wenn der Käufer die Forderung auf Lieferung abgetreten hat, den Anspruch auf Lieferung aber nach der Abtretung dadurch nach dem Vertrage verliert, daß das Kaufgeld nicht an dem bestimmten Tage bezahlt wird, so ist auch der abgetretene Anspruch verloren. Vgl. StrA. 6 S. 178; 30 S. 212, 34 S. 266, 55 S. 1, 65; 89 S. 361.

Wenn A an B ein Grundstück verkauft hat, B zur Zahlung des Kaufpreises verurtheilt ist, A diese Forderung an C cedirt, kann B auch gegen C geltend machen, daß sich nachträglich herausgestellt, daß das Grundstück mit nicht übernommener Hypothek belastet, durch die das Kaufgeld aufgezehrt wird. ObTr. 51 S. 395, 404. In RG. 18 S. 333 hatte A an B verkauft, die Kaufpreisforderung an C cedirt, B an D weiterverkauft und die Kaufpreisforderung ebenfalls an C cedirt, D dem C einen Schuldschein ausgestellt. Das Grundstück wurde sodann wegen Schulden subhastirt, die B und D nicht übernommen hatten. Hier ist ausgesprochen, daß D dem Cessionar C die Forderung aus der Eviktion entgegensetzen dürfe. Ebenso StrA. 89 S. 361, wo A an B verkauft, das Kaufgeld an C cedirt hatte, C einklagte, nachdem inzwischen das Grundstück wegen nicht übernommener Hypothek zur Subhastation gestellt, die Subhastation nur dadurch abgewendet war, daß B die nicht übernommene Hypothek gezahlt hatte. Dadurch war das Kaufgeld absorbirt. In diesem Falle kam zugleich die Zulässigkeit der Aufrechnung in Frage. Vgl. unter 27. In beiden Fällen würde auch nach BGB. die Einrede aus der Eviktion dem Schuldner gegen den Cessionar zugestanden werden müssen. Vgl. auch RG. 4 S. 330, wo A an B, B an C cedirt hatte, C klagte und der Schuldner einwendete, daß B ihm gegenüber zur Vertretung der Forderung verpflichtet. Auch hier handelte es sich um einen Mangel der cedirten Forderung selbst, den der Schuldner geltend machen konnte, obwohl der Fall der Vertretung erst nach der Abtretung eingetreten war.

Für diese aus dem Schuldverhältniß abgeleiteten Einreden kommt es nicht darauf an, ob die Forderung durch den ersten oder einen weiteren Cessionar erhoben wird; auch die Kenntniß oder Nichtkenntniß des Schuldners von der Abtretung ist bedeutungslos. Konsequent folgt daraus in Verbindung mit den §§ 812 ff., daß wenn der Schuldner an den Cessionar geleistet hat, was er in Wahrheit nicht schuldete, oder geleistet hat, was der Cedent hätte herausgeben müssen, wenn es an ihn geleistet, weil die causa nachträglich fortgefallen, die condictio gegen den Cessionar ebenso geht wie gegen den Cedenten. RG. 27 S. 296 unter 28.

26. Die Kenntniß des Schuldners von der Abtretung kommt erst in Betracht, wenn es sich um Einreden handelt, die dem Schuldverhältniß nicht ursprünglich anhaften, sondern auf der Veränderung desselben durch Rechtsgeschäft nach der Abtretung beruhen. Selbstverständlich ist, daß solche Rechtsgeschäfte, wenn sie mit dem wahren Gläubiger abgeschlossen, sei es mit dem ursprünglichen oder einem späteren, gegen jeden späteren Gläubiger wirken, § 404. Das gilt für Leistung, Zahlung, Stundung, Vergleich, Rechtshängigkeit, Judikat, Erlaß gleichmäßig, weil der spätere Gläubiger die Forderung nur in der Beschaffenheit erwirbt, wie sie zur Zeit seines Erwerbs bestand, mag er in bona oder mala fide sein. In ObTr. 46 S. 86 klagte der Cessionar gegen die Erben des Schuldners auf Zahlung. Der Schuldner hatte durch seinen Bevollmächtigten an einen früheren Cessionar, der wahrer Gläubiger, gezahlt, der Bevollmächtigte sich statt Quittung Cession geben lassen und auf Grund dieser Cession an den Kläger cedirt. Damit war in Wahrheit eine getilgte Forderung, ein Nichts cedirt, und die Einrede der Zahlung griff gegen den Kläger durch, obwohl er bona fide war. Die Zahlung an den Cedenten vor bekannter Cession wirkt stets gegen jeden späteren Gläubiger, wenn der Schuldner in bona fide, die Zahlung an einen Zwischencessionar immer nur, wenn derselbe wahrer Gläubiger oder die spätere Cession dem Schuldner nicht bekannt.

Aus den §§ 407, 408 ergiebt sich der mit dem früheren Recht übereinstimmende Grundsatz, daß der Schuldner solche Rechtsgeschäfte mit Wirkung gegen den wahren Gläubiger auch mit dem nicht wahren Gläubiger vornehmen kann, so lange er diesen als seinen wahren Gläubiger ansehen darf, weil er die Abtretung nicht kennt. Daß er sie kennt, ist ihm zu beweisen. Bis zur Kenntniß kann der Schuldner an den Cedenten wirksam leisten, ebenso an den Cessionar mit Wirkung gegen den späteren Cessionar, an den späteren Cessionar, dessen Eintritt ihm nach § 409 angezeigt, mit Wirkung gegen den ersten Cessionar, der trotz der Anzeige wahrer Gläubiger geblieben. Der klagende Cessionar kann deshalb die Einrede der Leistung an den Cedenten oder einen früheren Cessionar nur durch den Nachweis beseitigen, daß zur Zeit der Zahlung ihm die Forderung abgetreten und dem Schuldner die Abtretung bekannt war. OHG. 24 S. 104.

Alles das gilt nach § 407 Abs. 2 zu Gunsten des Schuldners für Rechtsgeschäfte anderer Art, wie Mahnung, Kündigung, Angebot, Aufrechnung, und auch für die Wirkung von Prozeß und Judikat. ObTr. 36 S. 83, 67 S. 284. StrA. 83 S. 281. CPO. §§ 325, 326, 327. Auch nach der Abtretung kann der Schuldner, der bei Erhebung der Klage durch den Cedenten von der Abtretung keine Kenntniß hat, und daß er sie hatte, ist ihm zu beweisen, mit dem nicht wahren Gläubiger, den er für den wahren Gläubiger halten durfte, nach § 407 Abs. 2 pro-

zessiren wie mit dem wahren Gläubiger, und das ergangene rechtskräftige Urtheil gilt gegen den wahren Gläubiger wie es nach CPO. §§ 265, 325 gegen ihn wirken würde, wenn er Gläubiger nach der Abtretung geworden wäre. Daß der Schuldner nach der Rechtshängigkeit von der Abtretung Kenntniß erhält, ändert an seinem Recht nichts, den Kläger als Gläubiger zu behandeln. Andrerseits hindert § 407 Abs. 2 den Schuldner nicht, gegen den Kläger von den Rechten Gebrauch zu machen, die ihm daraus erwachsen, daß derselbe nicht der wahre Gläubiger ist. Tritt der wahre Gläubiger gegen ihn auf, so kann er namentlich nach § 75 CPO. verfahren. Denn der § 407 Abs. 2 soll ihn besser, aber nicht schlechter stellen. Der § 407 Abs. 2 muß auch Anwendung finden, wenn dem Schuldner als Kläger mit dem Gläubiger, den er als seinen Gläubiger ansehen durfte, über die Forderung, die ihm von diesem im Wege der Aufrechnung entgegengesetzt wird, verhandelt und durch die Entscheidung über die Aufrechnung ein rechtskräftiges Judikat über die Forderung ergeht.

Die Wirkung des § 407 Abs. 2 kann der wahre Gläubiger durch Hauptintervention, CPO. §§ 64, 65, abwenden, wenigstens insoweit, als zur Zeit der Hauptintervention der Schuldner durch die Verhandlung mit dem klagenden Gläubiger nicht schon Rechte erworben hat. Er ist auch durch den Prozeß zwischen Cedenten und Schuldner nicht gehindert, sein Gläubigerrecht gegen den Schuldner geltend zu machen und sich ein rechtskräftiges Judikat zu verschaffen, das auch gegen den Schuldner wirkt, wenn dieser nicht vorher rechtskräftiges Judikat gegen den Cedenten erlangt hat.

Nach § 408 Abs. 1 gilt alles dies auch bei mehrfacher Cession durch denselben wahren Gläubiger an mehrere Personen nach einander. Nach § 398 wird Gläubiger nur der erste Cessionar; die abgetretene Forderung kann mit Wirkung nicht noch einmal abgetreten werden. Aber der Schuldner, der von der Abtretung an den ersten keine Kenntniß hat, nur von der an den zweiten benachrichtigt wird, kann diesen bis zur Kenntniß von der ersten Abtretung als seinen Gläubiger im Sinne und Umfang des § 407 behandeln, obwohl er nicht der wahre Gläubiger ist. Der § 406 findet keine Anwendung auf diesen Fall, weil der Dritte, der zweite Cessionar, nie Gläubiger war und nie Gläubiger geworden ist.

Pfändung durch den Gläubiger des Cedenten nach der Abtretung ist wirkungslos, ohne Rücksicht darauf, ob dem Schuldner die Abtretung bekannt oder nicht oder ob der pfändende Gläubiger davon weiß. Das gilt auch für den Schuldner selbst, der nach der Abtretung seine eigene Schuld wegen Forderung an seinen Gläubiger pfändet. StrA. 69 S. 150, 57 S. 40. RG. 6 S. 278, 280; 20 S. 365, 373. RE. 2 Nr. 213 S. 306. Aber nach § 408 Abs. 2 ist der Schuldner nach der Ueberweisung der Forderung an den Pfändungspfandgläubiger, CPO. §§ 835, 829 Abs. 3, befugt, diesen Gläubiger als seinen wahren Gläubiger anzusehen, wenn er nicht weiß, daß er nicht der wahre Gläubiger ist, z. B. weil die Forderung vor der Pfändung abgetreten war. § 407. Nach § 836 Abs. 2 CPO. gilt der Ueberweisungsbeschluß, auch wenn er mit Unrecht erlassen, zu Gunsten des Drittschuldners (deb. c.) dem Schuldner gegenüber so lange als rechtsbeständig, bis er aufgehoben wird und die Aufhebung zur Kenntniß des Drittschuldners gelangt. D. h. dem Schuldner, seinem Gläubiger gegenüber, wird der Drittschuldner durch Leistung an den Gläubiger aus der Ueberweisung befreit; ob er auch dem wahren Gläubiger gegenüber befreit wird, hängt nach § 407 Abs. 1, § 408 Abs. 1 davon ab, ob er zur Zeit der Leistung oder eines sonst mit dem Gläubiger aus der Ueberweisung vorgenommenen Rechtsgeschäfts den wahren Gläubiger kannte.

Bei Abtretung einer Judikatforderung wirkt die res judicata für den Cessionar wie den Cedenten und gegen den Schuldner, die Restitutionsgründe aus §§ 578 ff. CPO. kann der Schuldner aber gegen den Cessionar ebenso geltend machen wie gegen den Cedenten, da auch insofern durch die Abtretung an dem der Judikatforderung anhaftenden Mangel nichts geändert wird. Vgl. RG. 36 S. 249 (simulirtes Judikat), 46 S. 80, wo die Rückforderung des aus einem durch Meineid des Cedenten erlangten Urtheils durch den Cessionar Beigetriebenen nach Verlust der Restitutionsklage aus dem Gesichtspunkte der Theilnahme des von dem Meineid unterrichteten Cessionars an der unerlaubten Handlung zugelassen ist.

27. Von selbst versteht sich, daß der Schuldner außer diesen Einreden alle Einreden hat, die ihm gegen den Cessionar aus dessen Person zustehen, sei es, daß sie dessen Legitimation, die Forderung selbst, deren Geltendmachung oder den Cessionsakt betreffen. In dem oben erwähnten Falle ObTr. 46 S. 86, RE. 2 Nr. 213 Erk. a, würde der Schuldner, wenn der Bevollmächtigte selbst auf Grund der dolos erlangten Cession geklagt hätte, natürlich die Einrede der Arglist aus dem Vollmachtsverhältniß haben. Aehnlich lag RG. 28 S. 31, wo der Cessionar, der mit dem Schuldner im Kontokurrentverkehr stand, die Schuld, *um sie zu tilgen*, an den Cedenten bezahlt, den Schuldner im Kontokurrent mit dem Betrage belastet hatte, das Kontokurrent saldirt war und demnächst trotzdem auf Zahlung aus der Cession geklagt wurde. Der Schuldner kann ferner einreden, daß der Cessionar nicht geschäftsfähig.

Aus dem Rechtsgeschäft zwischen Cedenten und Cessionar hat der Schuldner grundsätzlich keine Einrede, da die Abtretung ohne Rücksicht auf die causa wirkt. Darum kann der Schuldner dem Cessionar, dem zur Sicherheit eine Forderung cedirt, nicht einwenden, daß seine Forderung an den Cedenten nicht bestanden habe oder nicht mehr bestehe. RG. 24 S. 162. Aber Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Abtretungsaktes muß der Schuldner geltend machen können, soweit er sich, wenn er davon unterrichtet, dem Berechtigten gegenüber dadurch, daß er sie nicht beachtet, verantwortlich machen kann. §§ 104 ff., 106 ff., 142 Abs. 2. In RG. 4 S. 228 ist dies mit Recht für den Fall verneint, wo die Cession nach der Behauptung des Schuldners und der Feststellung des zweiten Richters zur Bevortheilung der Gläubiger des Cedenten erfolgt war und Seitens der Gläubiger anfechtbar gewesen wäre, aber nicht angefochten war. Vgl. OHG. 25 S. 33. Aber weiß der Schuldner, daß sein Gläubiger minderjährig oder geschäftsunfähig oder in der Verfügung beschränkt, so muß er berechtigt sein, dem Cessionar den Mangel der sachlichen Legitimation entgegenzusetzen, auch wenn die formelle Legitimation in Ordnung.

Nach § 409 soll der Gläubiger, der dem Schuldner die Abtretung anzeigt oder eine Urkunde über die Abtretung für den neuen Gläubiger ausgestellt hat, der sie dem Schuldner vorlegt, *dem Schuldner gegenüber* die Abtretung *gegen sich* gelten lassen müssen, auch wenn sie nicht oder nicht wirksam erfolgt ist. Aber diese Vorschrift soll nur dem Schuldner dienen und ihn sichern, und auch nur den gutgläubigen Schuldner gegen den, der so abgetreten hat, und sie sichert nicht einmal den Schuldner, wenn der legitimirte Cessionar nicht der wahre Gläubiger, und er, der Schuldner, weiß, daß der legitimirte Gläubiger nicht der wahre Gläubiger ist. § 407 Abs. 1, Abs. 2. Vgl. §§ 576, 1364, 1365, 1379, 1398, 1438, 1444 ff. Jedenfalls darf der Schuldner nach § 372 Satz 2 hinterlegen. In der Preuß. Anwaltszeitung 1865 S. 235 ist ein Erk. ObTr. v. 14. Juni 1864 zu §§ 395, 422 ff. I. 11 ALR. mit-

getheilt, daß der Schuldner dem gehörig legitimirten Cessionar daraus, daß der Cedent minderjährig, keine Einrede entgegensetzen darf, nur der Cedent die Rechtsgültigkeit der Cession anfechten könne. Aber bei eigenem Interesse des Schuldners kann nie von einer Einrede aus dem Rechte eines Dritten die Rede sein. Und aus § 409 folgt nicht, daß der bösgläubige Schuldner dem dritten Berechtigten gegenüber gesichert ist.

Aus den §§ 407, 408, 409 folgt nur, wie nach bisherigem Recht, daß der Schuldner, der dem Cedenten gegenüber befugt ist, den Cessionar als Gläubiger zu behandeln, nicht befugt ist, ohne eigenes Interesse im Interesse des Cedenten Einreden zu erheben. Darum kann der Schuldner auch nach BGB. nach bekannt gemachter Cession (§ 409) dem Cessionar nicht entgegensetzen, daß die Cession simulirt, oder nur zur Sicherheit oder zum Inkasso erfolgt. Vgl. RG. 24 S. 161, 323; 25 S. 207, 30 S. 274, 32 S. 217, 220; 53 S. 416. RE. 2 Nr. 213 S. 309, 310. RE. 1 Nr. 58 Erk. b.

Eigenes Interesse des Schuldners kann durch verschiedene Umstände begründet werden. Der Cession zum Schein oder zum Inkasso gegenüber kann ein Interesse schon dadurch begründet sein, daß der Cedent als Zeuge auftreten kann, StrA. 90 S. 43, 65, oder daß der Cessionar für die Kosten nicht aufkommen kann, oder daß der Cedent vor erhobener Klage das Mandat zurückgenommen hat und nicht klagen will, sich mit dem Schuldner verglichen hat. RG. 39 S. 166, 53 S. 416. Bolze 1 Nr. 583. Der Schuldner kann dem Cessionar zum Inkasso, der ein rechtskräftiges Urtheil auf Zahlung eines Theils der Forderung erstritten, auch entgegensetzen, daß nachträglich der Cedent mit der ganzen Forderung abgewiesen. RG. 52 S. 216.

Andrerseits kann der Schuldner dem klagenden Cedenten, der cedirt hat mit der Abrede, die Cession sollte dem Schuldner verheimlicht werden, der Cedent trotz der Cession das Gläubigerrecht ausüben, nicht entgegensetzen, daß er cedirt habe, wenn ihm die Cession nicht angezeigt ist, es müßte denn sein, daß er ein Interesse daran hat, daß der Cessionar als Gläubiger auftrete. RG. 40 S. 216, 220. Darum kann auch der Schuldner, der auf Klage des Cedenten vor bekannt gemachter Cession zur Zahlung verurtheilt ist, da das Urtheil wirksam gegen ihn ergangen, nie die Wiederaufnahme des Verfahrens deshalb aus § 580 Nr. 7 CPO. verlangen, weil der Cessionar bereit sei, ihm die Forderung zu erlassen. RG. 37 S. 379, 380.

28. Aufrechnung. § 406. Vgl. zu §§ 387 ff. oben S. 356 unter 13 und S. 356 unter 29. Eine besondere Stellung unter den Vertheidigungsmitteln des Schuldners gegen den Cessionar nimmt die Aufrechnung ein. ALR. I 16 §§ 313 ff., 342, 343, 352. SBGB. § 975. C. c. art. 1295. RE. 2 Nr. 213, 3 Nr. 265. Von dem Aufrechnungsvertrag ist dabei nicht die Rede; er hebt die gegenseitigen Forderungen durch sich auf; er wirkt wie jedes andre Rechtsgeschäft zwischen Schuldner und Cedenten (erstem oder späterem) gegenüber dem Cessionar (erstem oder späterem) nur, wenn er vor der Abtretung und der Kenntniß von derselben mit dem wahren Gläubiger oder dem, den der Schuldner als solchen ansehen durfte, geschlossen ist. §§ 407, 408. Bei der einseitigen, gesetzlichen Aufrechnung, § 389, kommt in Betracht, daß die Existenz einer Gegenforderung allein die Forderung nicht mangelhaft macht, daß die Aufrechnung nach §§ 387, 388, 389 voraussetzt, daß die Gegenforderung gegen den Gläubiger der Forderung zusteht und ihre Leistung zur Zeit der Fälligkeit der Forderung gefordert werden kann, daß die Aufrechnung durch die Erklärung der Aufrechnung wirkt, dann aber so wirkt, wie wenn sie zu der Zeit erfolgt wäre, wo sie zuerst erfolgen konnte.

An sich würde daraus folgen, daß der Schuldner mit Forderung an den Cedenten nicht gegen den Cessionar aufrechnen kann, der nicht sein Schuldner ist. Der § 406 läßt aber die Aufrechnung mit Forderung an den Cedenten gegen den Cessionar im Interesse des Schuldners grundsätzlich, in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Rechte, zu. Die Lage des Schuldners soll durch die Abtretung auch bezüglich der Aufrechnung nicht ungünstiger werden. Selbstverständlich ist, daß der Schuldner, der zur Zeit der Abtretung die Aufrechnung wirksam erklärt hat, die dadurch herbeigeführte Tilgung beider Forderungen auch gegen jeden Cessionar geltend macht; das ist nichts Besonderes. Er macht ferner nach § 406 die zur Zeit der Abtretung zulässige Aufrechnug auch durch Erklärung gegenüber dem Cessionar geltend, obwohl dieser nicht sein Schuldner ist. Der § 406 geht aber weiter. Er läßt die Aufrechnung gegen den Cessionar selbst dann zu, wenn sie zur Zeit der Abtretung gegen den Cedenten nicht zulässig gewesen wäre, weil die Gegenforderung noch nicht bestand oder noch nicht fällig war. Der § 406 versagt die Aufrechnung mit Forderung, die der Schuldner zur Zeit der Geltendmachung der abgetretenen Forderung durch den Cessionar an den Cedenten hat, nur in zwei Ausnahmefällen, deren Vorliegen der Cessionar zur Beseitigung der Aufrechnung zu beweisen hat. a. Der Schuldner kann nie aufrechnen mit einer Forderung, die er erst nach der Abtretung und mit Kenntniß von derselben erworben hat, sei es durch Rechtsgeschäft mit dem Cedenten oder einem Dritten, sei es ex lege oder durch den Richter. Diese Ausnahme ergiebt sich aus dem Rechtssatz, daß nach Kenntniß von der Abtretung, die auch hier an die Stelle der Denuntiation und Signifikation tritt, das Gläubigerrecht des Cessionars ohne ihn nicht mehr verändert werden kann.

b. Der Schuldner kann nicht aufrechnen mit einer Forderung, die erst nach Kenntniß von der Abtretung und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist, mag der Schuldner sie vor der Abtretung oder nach der Abtretung ohne Kenntniß derselben erworben haben.

Es ist billig und gerecht, daß der Schuldner den Cessionar so befriedigen kann, wie er den Cedenten, so lange er ihn als Gläubiger ansehen konnte und bei Fälligkeit der Forderung, befriedigen konnte. Die Aufrechnungserklärung gegen den Cessionar wirkt so, wie sie gegen den Cedenten gewirkt hätte, wenn sie gegen diesen vor der Kenntniß von der Abtretung erklärt wäre. Darum läßt das BGB. die Aufrechnung mit einer Forderung an den Cedenten zu, die zur Zeit der Kenntniß von der Abtretung dem Schuldner gegen den Cedenten zustand und damals fällig war, auch wenn die abgetretene Forderung des Cessionars schon vorher fällig war, ebenso die Aufrechnung mit einer Forderung, die zur Zeit der Kenntniß noch nicht fällig war, aber zur Zeit der Fälligkeit der abgetretenen Forderung fällig ist. Mit Recht versagt das BGB. die Aufrechnung gegen den Cessionar mit einer Forderung an den Cedenten, die erst nach der Kenntniß von der Abtretung fällig wird, wenn die abgetretene Forderung schon damals oder doch vor der Gegenforderung fällig war. Denn ein Recht auf Befriedigung seines Gläubigers durch Aufrechnung hat der Schuldner nur für eine Gegenforderung, die vor oder zugleich mit der Forderung fällig. Mußte der Schuldner die abgetretene Forderung an seinen ursprünglichen Gläubiger zu einer Zeit zahlen, wo er nicht aufrechnen konnte, so muß er auch an den Cessionar zahlen und kann nicht aufrechnen.

Und konnte der Schuldner zur Zeit der ihm bekannt gewordenen Abtretung gegen den Cedenten nicht aufrechnen, weil seine Gegenforderung wegen Ungleichartigkeit überhaupt nicht aufrechenbar, so kann er auch gegen den Cessionar nicht aufrechnen, wenn die Forderung erst in dessen Händen der Gegenforderung gleichartig wurde. Darauf beruht RG. 29 S. 206, wo eine Forderung auf Löschung aus Hypothek abgetreten, der Cessionar dann die Hypothek durch Befriedigung des Hypothekars zur Löschung gebracht, und diese Geldforderung einklagte. Die Aufrechnung des Schuldners mit einer Geldforderung an den Cedenten aus einem anderen Rechtsgeschäft ist nicht zugelassen.

In der Hauptsache entsprechen diese Grundsätze dem bisherigen Recht. Vgl. RE. 2 Nr. 213. ObTr. 43 S. 106 (StrA. 37 S. 360). StrA. 69 S. 150, 34 S. 26, ObTr. 7 S. 354. OHG. 16 S. 327 (gem. R.). RG. 1 S. 344, 346; 4 S. 255, 330; 11 S. 301. In ObTr. 43 S. 106 hatte A ein ihm aus dem Testament des B gegen dessen Erben zustehendes, am 5. Juni 1858 fälliges Legat an C cedirt, der es gegen den Erben einklagte, dem die Cession im November 1857 bekannt gemacht war. Der Erbe kompensirte mit einer Darlehnsforderung an A, die im Januar 1858 fällig geworden war. Der zweite Richter wies ab, weil die Darlehnsforderung zur Zeit der bekannt gemachten Cession noch nicht fällig gewesen, was nach ALR. I 16 §§ 313, 342, 343, 349 falsch war, ebenso wie es nach BGB. § 406 falsch wäre, da die cedirte Legatforderung erst nach der Darlehnsforderung fällig wurde, der Erbe im Juni 1858 sein Darlehen hätte fordern können, ohne daß sein Schuldner mit dem Legate aufrechnen konnte. In StrA. 34 S. 26 war eine bereits fällige Forderung im November 1854 cedirt, der Schuldner wollte auf die Klage des Cessionars aus einer erst Februar 1855 fällig gewordenen Gegenforderung an den Cedenten aufrechnen, was abgelehnt ist, wie es nach BGB. § 406 abzulehnen wäre. Ebenso in RG. 1 S. 344, 346. A cedirt 1876 an B, der Schuldner macht eine im Mai 1877 an A durch Zahlung einer Schuld desselben erworbene Forderung geltend. RG. 4 S. 255 (Cession fälliger Forderung, Aufrechnung mit Gegenforderung, die zur Zeit der bekannt gemachten Cession nicht fällig war). RG. 11 S. 301 (Aufrechnung mit Forderung, die bei der Notifikation der Cession noch nicht fällig, wenn auch die abgetretene Forderung noch nicht fällig war und vor der Gegenforderung nicht fällig geworden ist). Fällige Forderung ist nach § 387 auch eine solche, die jederzeit fällig gemacht werden kann.

Bei Cession einer Judikatforderung findet CPO. § 767 gegen den Cessionar so Anwendung, wie gegen den Cedenten. StrA. 69 S. 150. RG. 6 S. 278. Daß der Cessionar der Judikatforderung sich die Aufrechnung mit den Prozeßkosten gefallen lassen muß, die dem Cedenten auferlegt, ObTr. 51 S. 395, 404, ist auch nach BGB. sicher. §§ 387, 401, 406. Darauf ist schon früher hingewiesen, daß nach §§ 145, 302 CPO., wenn der Schuldner dem Cessionar zahlen muß, weil über die Forderung vorab entschieden', der Cessionar nach Abweisung seiner Klage auf Grund der Feststellung der Gegenforderung, dem Schuldner für die Rückzahlung haftet. RG. 27 S. 296, 31 S. 1. Vgl. RG. 18 S. 331, 333. Vgl. übrigens auch RG. 42 S. 320, 45 S. 240, oben S. 356 unter 29.

29. Forderung aus gegenseitigen Verträgen kann der Cessionar nicht anders geltend machen, als der Cedent. Vgl. oben unter 7, 20 und StrA. 19 S. 2, wo einem Gläubiger des Eigenthümers des subhastirten Grundstücks Anspruch desselben auf den

Kaufgelderüberschuß überwiesen war, bei der Kaufgelderbelegung der Ersteher eine für ihn eingetragene Hypothek aufrechnete, der Assignatar widersprach, aber ohne Erfolg gegen den Ersteher klagte, der an Kaufgeld nur schuldete, was nach Abzug seiner Hypothek übrig blieb. Vgl. auch den Fall in RG. 5 S. 307, oben S. 337. Der Schuldner hat gegen den Cessionar keinen Anspruch auf Erfüllung des Vertrages, aber er kann seine Leistung gegen ihn zurückbehalten wie gegen den Cedenten, §§ 273, 274. Für Gegenforderung aus demselben Rechtsverhältniß, auf welchem die abgetretene Forderung beruht, ist deshalb die Aufrechnung unbeschränkt statthaft, wenn nur die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 387, 390 vorliegen, und es kommt darauf, ob die Fälligkeit der Gegenforderung erst nach der Kenntniß von der Abtretung eingetreten ist, nicht an, wenn sie nur zur Zeit der Geltendmachung fällig. Vgl. RG. 15 S. 305 (französ.R.). Bei gleichartigen Forderungen wirkt die Zurückbehaltung wie die Aufrechnung. l. 19 D. 16, 2. RE. 2 Nr. 213 S. 305. Vgl. oben unter 25. StrA. 89 S. 361. RG. 18 S. 333 und ObTr. 20 S. 190. Hier hatte A aus Kaufvertrag gegen B einen Anspruch auf Ersatz wegen mitverkauften und nicht gelieferten Strohs an C cedirt; auf die Klage des C kompensirte B mit einem Anspruch auf Zinsrückstände des Kaufpreises, und drang damit durch, obwohl die Zinsen erst fällig geworden, nachdem die Abtretung dem B bekannt geworden war.

30. Nach §§ 313, 315, 316 I 16 ALR. soll der Schuldner gegen den Cessionar aufrechnen mit Gegenforderungen an den ersten Gläubiger und an den jetzigen Gläubiger. Letzteres versteht sich auch nach BGB. von selbst. Mit Gegenforderungen *an einen Zwischencessionar* sollte der Schuldner aufrechnen nur dann, *wenn er diesen als seinen Gläubiger angenommen hatte*, wodurch nach § 412 I. 11 ALR. zugleich die Geltendmachung von Gegenforderung an den Cedenten ausgeschlossen wurde. Vgl. RG. 4 S. 330. Das gem. Recht, der C. c. und das SBGB. sagen davon nichts. Auch das BGB. hat diese ganz positive Bestimmung nicht aufgenommen. Der bisherige Gläubiger in § 406 ist der Cedent als erster Gläubiger wie der Cessionar, der weiter abgetreten hat, der neue Gläubiger der erste und ein folgender Cessionar. Der Dritte, an den nach bereits erfolgter Abtretung noch einmal abgetreten ist, oder dem die abgetretene Forderung in der Zwangsvollstreckung überwiesen ist, oder für den der Uebergang kraft Gesetzes anerkannt ist, obgleich der Uebergang durch die früher erfolgte Abtretung ausgeschlossen ist, § 408 Abs. 1 und 2, ist niemals Gläubiger geworden, und die einseitige Aufrechnung ihm gegenüber ist deshalb immer wirkungslos, § 406 nicht anwendbar.

31. Nach ALR. I 11 § 412 (16 § 314) verlieren die Einreden und Gegenforderungen des Schuldners gegenüber dem Cedenten ihre Wirkung gegen den Cessionar, sobald der Schuldner den Cessionar rechtsgültig als seinen Gläubiger anerkannt hat. Vgl. RE. 2 Nr. 213. Erk. c, d und S. 307. Für das gem. Recht ist dasselbe angenommen, wenn das Anerkenntniß so beschaffen, daß es der abgetretenen Forderung ein neues Fundament giebt. Der § 1399 SBGB. läßt den Anerkennungsvertrag *bezüglich der Gegenforderungen* nicht in demselben Maße wirken. Nach C. c. art. 1295 Abs. 1 geht der Schuldner mit der vorbehaltlosen Acceptation der Cession, art. 1690, der Geltendmachung von Gegenforderungen an den Cedenten dem Cessionar gegenüber verlustig.

Das BGB. schweigt. Es kommen deshalb lediglich die §§ 780, 781 und wegen der Kondiktion die §§ 812 ff. zur Anwendung.

VI. Uebertragung von Rechten. § 413.

32. Nach § 413 sollen die Vorschriften über Uebertragung von Forderungen auf die Uebertragung anderer Rechte, die nicht Forderungen, Ansprüche auf Leistungen sind, entsprechende Anwendung finden, **soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt**. Vorausgesetzt ist, daß das Recht überhaupt übertragbar ist. Unübertragbar sind Grunddienstbarkeiten, §§ 1018 ff., Nießbrauch, § 1059, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, § 1092, die Verwaltungs- und Nießbrauchrechte in den §§ 1408, 1658. CPO. §§ 861, 862. Miethe und Pacht dürfen grundsätzlich ohne Genehmigung des Vermiethers (Verpächters) nicht übertragen werden, §§ 549, 581, 596. Der Entleiher darf den Gebrauch ohne Erlaubniß nicht einem Anderen überlassen, § 603. Nach CPO. § 857 ist ein unveräußerliches (unübertragbares) Recht in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung insoweit unterworfen, als die Ausübung einem Anderen überlassen werden kann. § 1059 Satz 2 (Nießbrauch), § 1092. Dazu treten grundsätzlich Privilegien, Konzessionen, der Altentheil als solcher, das Alimentationsrecht als solches, das Expropriationsrecht, das bergrechtliche Mitbaurecht, Preuß. Berggeſ. § 225, aber nicht das Recht aus Fund und Muthung, §§ 3 ff., §§ 21 ff. Preuß. Berggeſ., Sächs. Berggeſ. § 13, EG. Art. 67. Eigenthum, Besitz, sonstige dingliche Rechte sind übertragbar, für die Uebertragung aber besondere Vorschriften gegeben. BGB. §§ 854 Abs. 2, 873, 925, 929 ff., 1015, 1059, 1069, 1192, 2033. Hypothek und Pfandrecht sind mit der Forderung so verbunden, daß ihre Uebertragung nur in Einzelheiten geregelt ist. §§ 1153, 1154, 1250, 1251.

Zu „den anderen Rechten" des § 413 gehören namentlich die außerhalb des BGB. geregelten Urheberrechte, Ges. v. 11. Juni 1870 und jetzt Ges. v. 19. Juni 1901, Ges. v. 9., 10. und 11. Jan. 1876, die Rechte aus Anmeldung und Ertheilung von Patenten, Gebrauchs- und Geschmacksmuster-Ges. v. 7. April 1891, v. 11. Jan. 1876 und 12. Mai 1894, das Verlagsrecht aus dem Ges. v. 19. Juni 1901, das Firmenrecht, HGB. § 23, vgl. RG. 9 S. 1, S. 104, die Betheiligungsrechte an Aktiengesellschaften, Genossenschaften, Gesellschaften m. b. H. Diese Gesetze enthalten zum Theil Vorschriften über Uebertragbarkeit und die Form der Uebertragung, auch die Wirkung der Uebertragung.

Soweit solche besonderen Vorschriften nicht gegeben, findet nach § 413 für die vertragsmäßige Uebertragung namentlich der Grundsatz des § 398 über die Wirkung des Vertrages Anwendung. Durch den Vertrag wird der, dem das Recht übertragen, der Berechtigte ohne Rücksicht auf die causa des Vertrages, die auch hier Kauf, Tausch, Schenkung, Sicherstellung, Auftrag, Dienstvertrag sein kann. Vgl. RG. 31 S. 299 (Patent). Anwendung finden namentlich §§ 402, 403, 407 Abs. 2. Ueber die entsprechende Anwendung der sonstigen Vorschriften sind allgemeine Grundsätze nicht aufzustellen.

Uebertragung kraft Gesetzes ist auch bei diesen Rechten möglich, und auf solche sind dann nach § 412 die §§ 399—404, 406—410 entsprechend anzuwenden. Ueber Uebertragung durch den Richter bestimmt CPO. § 857.

VII. Oertliches und zeitliches Recht.

33. Ueber das örtliche Recht, nach welchem die Uebertragung von Forderungen zu beurtheilen, sagt das BGB. nichts. Aus EG. Art. 11 folgt nur, daß über **die Form der Abtretung** an erster Stelle das für das den Gegenstand der Abtretung bildende Rechtsverhältniß maßgebende Gesetz entscheidet, daß aber die Beobachtung der

Form am Ort der Errichtung, der Vornahme der Abtretung genügt, mag dasselbe eine besondere Form verlangen oder nicht. Nur für Abtretung von Rechten an einer Sache gilt die lex rei sitae. Abs. 2 Art. 11. Vgl. auch Patentges. § 19 Abs. 2. Auf den § 410 BGB. kann sich der inländische deb. c. immer auch gegenüber dem ausländischen Cessionar berufen.

Im Uebrigen muß die Wirkung der Abtretung im Verhältniß zwischen Cedenten und Cessionar, soweit es sich um Recht und Pflicht zwischen ihnen handelt, nach dem Recht beurtheilt werden, dem der Cessionsvertrag, das kausale Rechtsgeschäft der Abtretung unterliegt. Bolze 13 S. 8 Nr. 19, 9 S. 5 Nr. 15. Den Schuldner berührt die Abtretung als Akt zwischen Dritten an sich nicht. Wie, wodurch, wann die Abtretung gegen ihn wirkt, ob er sich die Abtretung gefallen zu lassen hat, ob sie mit Gültigkeit gegen ihn vorgenommen, kann nur nach dem Recht, unter dem die Abtretung wirksam werden soll, die abgetretene Forderung zu erfüllen ist, dem der Schuldner unterworfen ist, beurtheilt werden. In RG. 20 S. 235, Bolze 5 Nr. 22, ist deshalb eine in Leipzig erklärte Cession einer bestimmten Summe aus einem ungetheilten Nachlaß in Berlin für ungültig erklärt, weil nach ALR. solche Abtretung ungültig, weil solche Forderung nicht besteht. Vgl. ObTr. 3 S. 302. RE. 2 Nr. 204 Erl. a.

Auf dem Satze, daß die Wirkung der Cession dem Schuldner gegenüber nach seinem Recht zu beurtheilen, beruht ObTr. 40 S. 50 (StrA. 30 S. 353), wo A in Hamburg von B in Berlin zu fordern, die Forderung durch Akt in Hamburg an C in Berlin cedirt hatte, C in Berlin gegen B klagte und B geltend machte, daß C nach der in Hamburg geltenden lex Anastasiana nur fordern könne, was er als Cessionsvaluta gegeben. Das ALR. kannte die lex Anast. nicht, das ObTr. hat die Berufung auf dieselbe abgelehnt, weil sie nicht den Gegenstand der Abtretung beschränke, nur dem Schuldner einen Schutz und einen Vortheil gewähre, aber auch nur dem Schuldner, der dem Recht der lex Anast. unterworfen, nicht dem fremden Schuldner, der aus einem Recht, das für ihn nicht gelte, keinen Vortheil ziehen könne. Ebenso RG. 14 S. 235, Bolze 2 S. 7 Nr. 28 mit wesentlich gleicher Begründung. Nur kann der im Inlande belangte ausländische Schuldner (ausländische Versicherungsgesellschaft mit Domizil im Inlande) sich vor dem inländischen Richter zum Nachtheil inländischer Gläubiger nicht auf Rechtswohlthaten berufen, die nur zu Gunsten des Schuldners in seiner Heimath bestehen. Vgl. OHG. 23 S. 205; RG. 3 S. 3, 9, 22 S. 19 (Kouponsteuer). Darum darf der Schuldner im Gebiete des französischen Rechts bis zur Signifikation nach art. 1690 C. c. den Cedenten immer als Gläubiger behandeln, und der Cedent bleibt so lange sein Gläubiger, RG 1 S. 435, 437, 10 S. 274, bis die Signifikation erfolgt ist, mag auch die Abtretung außerhalb des Gebiets des französ. Rechts erfolgt sein, Cedent und Cessionar diesem Recht nicht unterworfen sein. Bolze 6 S. 5 Nr. 14.

Eine vor dem Inkrafttreten des BGB. vorgenommene Abtretung unterliegt grundsätzlich in Bezug auf Form und Wirkung der Beurtheilung nach dem früheren Recht. Habicht § 26. Wurde solche Abtretung erst mit der Signifikation wirksam, so kann sie nach dem Grundsatze des EGes. Art. 170 nicht ohne Signifikation mit dem 1. Jan. 1900 um deswillen wirksam geworden sein, weil das BGB. die förmliche Notifikation für seine Abtretung nicht fordert. Das wäre wirkliche Rückwirkung, die das BGB. auch für die Abtretung nicht wollen kann. RG. 53 S. 198. Das Rechtsverhältniß zwischen Cedent und Cessionar aus der Abtretung ist nach dem

Recht zur Zeit des kausalen Rechtsgeschäfts wie dieses selbst zu beurtheilen, namentlich die Gewährleistungspflicht und die Wirkung mehrfacher Abtretung vor dem Inkrafttreten des BGB. Dasselbe wird für Abtretung zu gelten haben, die nach dem 1. Jan. 1900 auf Grund vorher übernommener Verpflichtung zur Abtretung erfolgt. Die §§ 398, 399, 400, 401, 402, 403 können grundsätzlich nur für Abtretung nach dem BGB. gelten.

Auch im Verhältniß zum Schuldner kann die vor dem BGB. erfolgte Abtretung auch nachher nicht anders wirken, als nach früherem Recht. Vgl. RG. 53 S. 198. Der Schuldner hat die Einreden und die Aufrechnung nach früherem Recht. Der § 405 findet keine Anwendung. Die §§ 406, 407, 408 finden nur Anwendung, wenn der Schuldner die Forderung in § 406 erst nach dem Inkrafttreten des BGB. erwirbt, und dabei Kenntniß von der wirksamen Abtretung hat, oder die Leistung oder das Rechtsgeschäft im § 407 erst nach dem Inkrafttreten des BGB. mit Kenntniß von der Abtretung geschieht, oder die Leistung an den Dritten oder die Vornahme des Rechtsgeschäfts mit demselben in § 408 nach dem Inkrafttreten des BGB. ohne Kenntniß von dem besseren Recht des ersten Cessionars erfolgt ist. Darin ist eine Rückanwendung des BGB. nicht zu finden. Auch der § 409 über die Anzeige abgetretener Forderung gilt für die Anzeige nach dem BGB., wenn auch die Abtretung vorher erfolgt ist. Für Abtretung nach dem Inkrafttreten des BGB. finden die §§ 398 ff. Anwendung ohne Unterschied, ob die abgetretene Forderung vorher oder nachher bestand. Im Falle des § 405 kann bedenklich sein, ob, wenn die Urkunde vor dem BGB. ausgestellt, die Abtretung nachher dem Schuldner die Einrede nimmt. Vgl. den Fall RG. 9 S. 313, oben Bd. 1 S. 229. Stand dem Schuldner nach dem früheren Recht die Einrede zu, daß die abgetretene Forderung simulirt oder die Abtretung vertragsmäßig ausgeschlossen, so kann durch die einseitige Handlung des Gläubigers diese Einrede grundsätzlich dem Schuldner nicht genommen werden. Wer nach dem Inkrafttreten des BGB. eine Urkunde über simulirte Forderung ausstellt, ohne die Abtretung zu untersagen, kann sich auf die Simulation oder darauf, daß die Abtretung ausgeschlossen sei, allerdings nicht berufen, auch wenn das Schuldverhältniß zum Schein oder unter Ausschluß der Abtretung vor dem BGB. begründet ist. Er muß § 405 kennen. Auf den § 410 wird der Schuldner sich nach dem Inkrafttreten des BGB. immer berufen können, auch wenn die Schuld vorher begründet, da § 410 den Inhalt des Schuldverhältnisses nicht ändert, die Lage des Gläubigers nicht erschwert; auch der sofortigen Anwendung des § 410 Abs. 2 steht kein ausreichender Grund entgegen. Der § 411 setzt wie § 412 Uebertragung unter dem BGB. voraus, ebenso § 413.

---

5. Abschnitt. Schuldübernahme.

§ 414. Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, daß der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt.[1, 3, 4—10, 17, 36])

§ 415. Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung

des Gläubigers ab. Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgetheilt hat. Bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder aufheben.

Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt. Fordert der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Genehmigung nur bis zum Ablaufe der Frist erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

Solange nicht der Gläubiger die Genehmigung ertheilt hat, ist im Zweifel der Uebernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert.[11—16, 17])

§ 416. Uebernimmt der Erwerber eines Grundstücks durch Vertrag mit dem Veräußerer eine Schuld des Veräußerers, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, so kann der Gläubiger die Schuldübernahme nur genehmigen, wenn der Veräußerer sie ihm mittheilt. Sind seit dem Empfange der Mittheilung sechs Monate verstrichen, so gilt die Genehmigung als ertheilt, wenn nicht der Gläubiger sie dem Veräußerer gegenüber vorher verweigert hat; die Vorschrift des § 415 Abs. 2 Satz 2 findet keine Anwendung.

Die Mittheilung des Veräußerers kann erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen ist. Sie muß schriftlich geschehen und den Hinweis enthalten, daß der Uebernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der sechs Monate erklärt.

Der Veräußerer hat auf Verlangen des Erwerbers dem Gläubiger die Schuldübernahme mitzutheilen. Sobald die Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung feststeht, hat der Veräußerer den Erwerber zu benachrichtigen.[18—27, 36])

§ 417. Der Uebernehmer kann dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben. Eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung kann er nicht aufrechnen.

Aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Uebernehmer und dem bisherigen Schuldner kann der Uebernehmer dem Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten.[5, 6, 7])

§ 418. In Folge der Schuldübernahme erlöschen die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte. Besteht für die Forderung eine Hypothek, so tritt das Gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Bürge oder derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt.

Ein mit der Forderung für den Fall des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann nicht im Konkurs über das Vermögen des Uebernehmers geltend gemacht werden.[8, 9])

§ 419. Uebernimmt Jemand durch Vertrag das Vermögen eines Anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrags an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Uebernehmer geltend machen.

Die Haftung des Uebernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Beruft sich der Uebernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung, so finden die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung.

Die Haftung des Uebernehmers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden.[28—35, 36])

Schuldübernahme. (Expromission. Uebernahme in partem pretii. Vermögensübernahme.) Entw. I §§ 314—319; II §§ 357—362; III §§ 408—413. ALR. I 14 §§ 399 ff.; 16 §§ 264 ff. Dekl. v. 21. März 1835. (GS. S. 42). Eigenth.Ges. vom 5. Mai 1872 § 41. Subh.Ges. v. 13. Juli 1883 § 115. SBGB. §§ 1103, 1104, 1402 ff., §§ 432, 854. Sächs. Ges. v. 15. August 1884 § 164. C. c. art. 1271 ff. — W. 2 §§ 338, 339, 340. D. PrPr. 2 §§ 64, 65. BR. 2 §§ 155—159. Eccius 1 §§ 101, 102. RE. 2 Nr. 249, 250; 3 Nr. 264, 287. Crome 2 §§ 21, 25, 26. Crome, System 2 §§ 202—205. Cosack 1 §§ 116, 117. Endemann 1 § 153. Jhering, Jahrb. 36 S. 336 ff., 39 S. 390 ff., 463 ff. (Regelsberger), 40 S. 109 ff. —

I. 1. Die §§ 414— 418 behandeln die beiden auch dem bisherigen Recht bekannten, in sich wesentlichen verschiedenen Rechtsinstitute der Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer einer fremden Schuld, durch den der alte Schuldner befreit wird, der Uebernehmer in die Schuld succedirt, wie bei der Abtretung der Cessionar in das Gläubigerrecht, Expromission, § 414, und die Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem Schuldner u. Uebernehmer: §§ 415, 416, der zunächst nur obligatorisch wirkt, sich zur (befreienden)

Schuldübernahme erst durch die Genehmigung des Gläubigers entwickelt. Durch letztwillige Verfügung und den Richter in der Zwangsvollstreckung kann Schuldübernahme nicht bewirkt werden. Das legatum debiti hat nur obligatorische Verpflichtung des Beschwerten von verschiedener Bedeutung zur Folge und bindet den Gläubiger selbstverständlich nicht. BGB. §§ 2058, 2060, 2061, 2166. Vgl. A. 2 zu § 338 unter 11. Durch richterliches Urtheil kann die Verpflichtung zur Uebernahme mit der Wirkung des § 894 CPO. ausgesprochen werden, aber nie die Zustimmung des Gläubigers ersetzt werden.

Kraft Gesetzes haftet der Erbe für die Schulden des Nachlasses. § 1967. Aber kraft Gesetzes tritt ein Dritter mit befreiender Wirkung an die Stelle des Schuldners nur im Falle der Versicherung einer Sache gegen Feuersgefahr nach ALR. II 8 §§ 1934, 2163, 2280. RG. 5 S. 317, 35 S. 176. Auch nach dem Entwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag von 1903 soll bei Veräußerung einer jeden versicherten Sache der Erwerber an Stelle des Veräußerers für die Dauer seines Eigenthums in die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsverhältniß treten, §§ 66 ff., wenn nichts anderes ausgemacht. Im Falle des § 419 wie in den Fällen der §§ 571 ff. (§ 581 Abs. 2) (Eintritt des Käufers in Miethe und Pacht), § 1088 (Nießbrauch am Vermögen, Erbschaft), § 1251 (Pfandübertragung), § 2382 (Erbschaftskauf), HGB. §§ 25, 28, 130 tritt dem alten Schuldner ein neuer Schuldner hinzu, als Gesammtschuldner oder accessorischer Schuldner.

2. Den vertragsmäßigen Eintritt eines Dritten als Mitschuldner in ein bestehendes Schuldverhältniß, die s. g. kumulative Schuldübernahme, constitutum debiti alieni, l. 2, l. 5 §§ 2—4, l. 18 § 3, l. 26—28 D. 13, 5, l. 97 § 1 D. 45, 1, behandelt das BGB. nicht. Um Schuldübernahme im Sinne des BGB. §§ 414—418 handelt es sich dabei nicht, da der Schuldner nicht ausscheidet, sondern bleibt und ein anderer hinzutritt. Die Möglichkeit eines solchen Vertrages versteht sich nach BGB. wie nach früherem Recht, RG. 31 S. 109, 110 (Rembours), von selbst. RG. 51 S. 120. Wenn A an B verkauft hat, B nach Abrede mit C für diesen mitgekauft hat, so ist nicht abzusehen, weshalb nicht C durch Vertrag mit A sich als Mitschuldner des B soll verpflichten dürfen. Noch weniger ist dies zu bezweifeln, wenn der Ehemann einem Rechtsgeschäft der Frau zustimmt und sich zugleich selbst verpflichtet. §§ 1399, 1405. Das ist nicht Bürgschaft, auch nicht selbstschuldnerische, und die Schriftform kann aus § 766 deshalb nicht verlangt werden, wenn nicht der Weg des abstrakten Schuldversprechens, § 780, gewählt wird. In vielen Fällen wird es sich allerdings um Bürgschaft handeln, und dann deren Form gefordert werden müssen. So lag der Fall in RG. 51 S. 120, wo A dem Gläubiger seines verschwundenen Sohnes erklärt hatte, er wolle nicht, daß die Sache an die Oeffentlichkeit komme, er wolle für die Schuld aufkommen, werde als Selbstschuldner in Raten zahlen, der Gläubiger solle um keinen Pfennig kommen. Das war nichts als Bürgschaft, ebenso wie in RG. 10 S. 186, und in vielen Fällen wird es zweifelhaft und kaum zu entscheiden sein, ob der Wille des Dritten und des Gläubigers auf Begründung eigener selbständiger solidarischer Verbindlichkeit oder auf Begründung der Verpflichtung gegangen ist, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen. § 765 BGB. Von Bedeutung ist der Unterschied, mit Rücksicht auf die §§ 422, 423, 425 einerseits und §§ 766, 767, 768, 776 andererseits. Auch die selbstschuldnerische Bürgschaft bleibt immer Bürgschaft, accessorische Verbindlichkeit

aus der Bürgschaftserklärung für fremde Schuld. Davon ist nicht die Rede, wenn ein Dritter als Gesammtschuldner in einen nicht von ihm geschlossenen Vertrag eintritt. Damit ist immer Anerkennung der fremden Schuld als eigene verbunden, dadurch der Unterschied von der Bürgschaft, auch der selbstschuldnerischen, gegeben. ObTr. 18 S. 225, 21 S. 196. OHG. 20 S. 77, (gem. R.). RG. 8 S. 261, 266. Allgemein kann deshalb der Satz, daß das const. deb. al. immer die Schriftform fordere, nicht aufgestellt werden.

Der Vertrag über den Eintritt des Dritten als solidarischer Mitschuldner kann auch zwischen dem Schuldner und dem Dritten geschlossen werden. Dann ist regelmäßig Vertrag zu Gunsten des Gläubigers im Sinne des § 328 Abs. 1 anzunehmen, da füglich nichts anderes gewollt sein kann, als daß der Gläubiger unmittelbar berechtigt sein soll aus einem Vertrage, der nur ihm dient. Vgl. zu §§ 328 ff. oben S. 211 unter 5. Soll der Schuldner durch den Eintritt des Dritten aus dem Schuldverhältniß nicht ausscheiden, so macht der Gläubiger nur von seinem Recht Gebrauch, wenn er gegen den Uebernehmer klagt, und aus solcher Klage kann nicht folgen, daß er den ursprünglichen Schuldner entlassen hat. RG. 19 S. 254, 7 S. 131, 14 S. 216, 17 S. 100. Vgl. auch RG. 32 S. 156, 33 S. 185, 192 für gem. Recht.

Das Verhältniß des alten und des neuen Schuldners ist immer nach §§ 421 ff., 426, 427 zu beurtheilen.

II. Schuldübernahme als Expromission. §§ 414, 417, 418.

3. Nach § 414 kann durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten der Dritte eine bestehende Schuld so übernehmen, daß er an die Stelle des Schuldners tritt, d. h. in die Schuld eintritt, succedirt, der Schuldner ausscheidet, befreit wird. Nach römischem Recht, C. c. und SBGB. war diese Befreiung von der Schuld nur auf dem Wege der Novation, Umschaffung, Umwandlung erreichbar; die alte Obligation wurde aufgehoben, eine neue mit dem Uebernehmer, wenn auch mit dem Inhalt der alten Obligation begründet. Die Schuldübernahme wurde deshalb unter den Aufhebungsgründen der Obligation behandelt.

Davon wich schon die gemeinrechtliche Doktrin und das ALR. ab. Das LR. reiht die Expromission in I 14 §§ 399 ff., 16 §§ 264 ff. an Bürgschaft und Anweisung (delegirte Expromission) an, behandelt sie nicht als Aufhebungsgrund, sondern als Vertrag zwischen Gläubiger und einem Dritten, der die Schuld selbst mit ihren Vorzugs- und Sicherungsrechten, Bürgschaft und Pfandrecht, ObTr. 19 S. 197, RG. 40 S. 222, aufrechterhält, nur den Eintritt eines neuen Schuldners an Stelle des alten, der dadurch selbst wider seinen Willen befreit wird, vermittelt. Pl.Pr. 2705. ObTr. 41 S. 1. RE. 2 Nr. 250 Erk. a. OHG. 18 S. 309. RG. 2 S. 262.

Wesentlich ebenso das BGB. Vorausgesetzt ist in § 414 Vertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer; der Inhalt des Vertrages ist Eintritt des Uebernehmers in die Schuld an Stelle des Schuldners mit der Absicht und der Wirkung, daß der Schuldner befreit wird. Das Rechtsgeschäft ist Intercession, aber weder Bürgschaft noch selbstschuldnerische Bürgschaft, §§ 765, 773, weil nicht accessorischer Natur, auch nicht constitutum. Wird die Befreiung des Schuldners nicht gewollt, liegt entweder selbstschuldnerische Bürgschaft oder constitutum vor. Dissens darüber macht deshalb das Geschäft hinfällig. ObTr. 21 S. 196. RE. 2 Nr. 249 Erk. a.

Erforderlich ist eine bestehende Schuld, bestimmte oder bestimmbare wie bei der Abtretung, in die succedirt werden kann, weil die Person des Schuldners nicht von Bedeutung, Verfügungsfähigkeit des Gläubigers, der den Schuldner verliert, Verpflichtungsfähigkeit des Uebernehmers, der Schuldner wird, vgl. § 1822 Nr. 10 (expr. durch Vormund), nicht aber Zustimmung des Schuldners, der nach §§ 414, 267 durch die Schuldübernahme selbst wider seinen Willen befreit wird, wie nach gem. R. und LR., l. 97 D. 46 § 3. ALR. I 14 §§ 399, 406; 16 §§ 49, 51. OHG. 4 S. 209, 217; 18 S. 309. RG. 11 S. 127. Kann in die Schuld nicht succedirt werden, so ist nur Schuldumwandlung, Novation, möglich. Dem Vertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer kann Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer vorangehen oder parallel gehen, in welchem dieser dem Schuldner gegenüber sich verpflichtet, an seine Stelle zu treten und ihn zu befreien, den Auftrag zur Expromission erhält und annimmt, mit oder ohne Entgelt. Solch Vertrag wird dann erfüllt erst durch die befreiende Expromission. Vgl. den Fall RG. 2 S. 262 (Kontokurrentverkehr; übernommene Schuld als Debetposten des Schuldners im Kontokurrent).

4. Eine Form ist nicht vorgeschrieben, abweichend vom LR., das für den Vertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer Schrift erforderte; die Formlosigkeit ist von sehr zweifelhaftem Werth und gegenüber §§ 766, 780 schwer zu rechtfertigen. Bei dem Mangel einer Formvorschrift ist für die Uebernahmeerklärung und die Annahmeerklärung des Gläubigers nicht einmal ausdrückliche Erklärung erforderlich, stillschweigende genügt, und es wird auf Auslegung gemäß § 133 BGB. namentlich oft ankommen, um den auf die Befreiung des Schuldners durch die Uebernahme gerichteten übereinstimmenden Willen der Kontrahenten zu ermitteln. Gleiche Schwierigkeiten bot übrigens das landrechtliche Erforderniß der ausdrücklichen schriftlichen Einwilligung des Gläubigers in die Entlassung des Schuldners. Das LR. vermuthete für Bürgschaft, nicht für Expromission. In ObTr. 21 S. 196 war dem A von B ein Revers ausgestellt, daß C dem A 133 Thlr. schulde, B sie für C übernehme, sich verpflichte, bis zum 1. Oktober zu zahlen. Darin ist nur selbstschuldnerische Bürgschaft gefunden. Ebenso in StrA. 8 S. 97, wo A dem B für Wolle 2500 Thlr. schuldete, die Wittwe A, seine Mutter, zu gerichtlichem Protokoll dem B gegenüber erklärt hatte, ihr Sohn habe ihr gegen Uebernahme der Schuld anderweite Sicherheit gegeben, sie übernehme deshalb seine Schuld, sei Schuldnerin und verpflichte sich, einen Theil sofort, den Rest mit Zinsen in Raten zu zahlen.

Auch unter dem BGB. wird sich die schwankende Grenze zwischen expr. und selbstschuldnerischer Bürgschaft und constit. oft fühlbar machen. Auch nach BGB. wird man Schuldübernahme nach § 414 annehmen im Falle StrA. 12 S. 172, wo A von B Zinsen, B von C Pacht zu fordern und nach Abrede C dem A über den Betrag der Schuld des B einen Schuldschein über Darlehen ausgestellt und das Darlehn hatte eintragen lassen, § 607 Abs. 2 BGB. Wenn A von B ein Darlehn zu fordern hat, C die Schuld übernimmt und dem A einen neuen Schuldschein ausstellt, StrA. 67 S. 157, kann immer noch zweifelhaft bleiben, ob B befreit sein, der C nur als Mitschuldner eintreten soll; die Befreiung des Schuldners muß aber immer gewollt und bewilligt sein. In ObTr. 65 S. 292 hatte A an B verkauft, B an C, C an D, A mit D schriftlich vereinbart, daß D unter Erhöhung des Zinsfußes die persönliche Kaufgelderschuld des B an A übernehme, A ihn an Stelle des B als Schuld-

ner annehme. Darin hat das ObTr. Expromission nicht gefunden, weil keine Entlassungserklärung abgegeben. Nach BGB. würde dieser Fall wohl anders beurtheilt werden. Vgl. auch den Fall StrA. 82 S. 60. RE. 1 Nr. 47 Erk. b. In StrA. 10 S. 97 hatte A an B Sachen verkauft, B ein Judikat gegen ihn auf Herausgabe erstritten, bei der Exekution aber von C, der die Sachen besaß und behalten wollte, einen Schuldschein über den Kaufpreis von 200, den B an A bezahlt hatte, angenommen. Das war ersichtlich weder Bürgschaft, noch Schuldübernahme, sondern ein neues Geschäft zwischen C und B, durch das C die Sachen gegenüber B übernahm, bei diesem einlöste. In OHG. 19 S. 17, 21, 22 hatte der Kunde einer offenen Handelsgesellschaft, nachdem ein Gesellschafter ausgeschieden, die beiden anderen das Geschäft übernommen und fortgeführt, sein Depot bei der Gesellschaft belassen, obwohl er von dem Ausscheiden Kenntniß hatte. Hierin ist, als der Kunde nach Jahren den ausgeschiedenen Gesellschafter auf Ersatz des später veruntreuten Depots in Anspruch nahm, stillschweigendes Einverständniß damit gefunden, daß die verbliebenen Socien die Schuld aus dem Depot allein übernehmen, der ausgeschiedene befreit werde. Die Zustimmung des Gläubigers kann auch darin enthalten sein, daß er selbst den Uebernahmevertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer herbeiführt und dadurch seine Genehmigung des Ausscheidens des Schuldners zu erkennen giebt.

5. Die Wirkung des Schuldübernahmevertrages zwischen Uebernehmer und Gläubiger ist nach §§ 424, 417, 418 im Verhältniß zwischen Gläubiger und Uebernehmer, daß der Uebernehmer in die Schuld an Stelle des Schuldners ganz, oder, was nicht ausgeschlossen, für einen Theil der Schuld eintritt, Schuldner wird. Im Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner wirkt die Schuldübernahme wie im gem. Recht und ALR. Befreiung des Schuldners wie durch Zahlung oder datio in sol. eines Dritten, und zwar ohne Wissen und selbst wider den Willen des Schuldners. OHG. 4 S. 209, 217, 28 S. 309. RG. 11 S. 127. ALR. I 14, §§ 399, 406; 16 §§ 49, 51. l. 91 D. 46, 3. Einer Erklärung der Entlassung, Befreiung dem Schuldner gegenüber bedarf es nicht. Der perfekte Schuldübernahmevertrag, nicht ein Vertrag, durch den sich ein Dritter zu künftiger Uebernahme verpflichtet, wirkt die Befreiung durch sich selbst und der Uebernehmer tritt durch den Vertrag in die Schuld ein, der Vertrag ist abstrakter Natur, wie Abtretung und Tradition, wirkt, ohne Rücksicht auf die causa, die zwischen dem Uebernehmer und Schuldner oder Gläubiger zu der Schuldübernahme geführt hat. Es ist für die Wirkung der Schuldübernahme unerheblich, ob der Uebernehmer sich dem Schuldner oder Gläubiger gegenüber zur Uebernahme verpflichtet hat, oder ob er übernommen hat, weil er dem Schuldner schenken wollte oder sich von einer Schuld an den Schuldner befreien oder eine eigene Schuld an den Gläubiger decken wollte. Schuldübernahme nach Klage gegen den Schuldner begründet deshalb für den Schuldner den Fortfall der Passivlegitimation mit der Einrede der Befreiung, ebenso wie Schuldübernahme vor der Klageerhebung. Die Wirkung der Schuldübernahme fällt nicht fort, wenn Gläubiger und Uebernehmer den Vertrag wieder aufheben. Sie fällt aber fort, wenn die Schuldübernahme fortfällt, weil sie nichtig oder rechtsunwirksam, z. B. weil der Uebernehmer nicht verpflichtungsfähig, oder als Bevollmächtigter ohne Vollmacht, oder als gesetzlicher Vertreter ohne Vertretungsbefugniß gehandelt hat. Vgl. StrA. 95 S. 312. RE. 3 Nr. 287 Erk. e. RG. 51 S. 422 (der gesetzliche Vertreter wie der Bevollmächtigte kann die Vertretungs-

befugniß nicht benutzen, um sich durch Schuldübernahme Namens des Vertretenen von eigener Schuld zu befreien. §§ 181, 138, 826 BGB., §§ 35, 37 Ges. betr. die Ges. m. b. H.). Nichtig ist der Schuldübernahmevertrag, der aus Scherz oder zum Schein oder in Folge absoluten Zwangs geschlossen, oder mit Erfolg wegen Irrthums, Drohung, Betrugs angefochten, sei es durch den Gläubiger oder den Uebernehmer, §§ 116ff., 119, 123, 142, 143. Täuschung des Gläubigers oder Uebernehmers durch den Schuldner wirkt nach § 123 Abs. 2 Satz 2 immer auch gegen den Schuldner, nicht aber Täuschung durch einen Anderen, wenn der Schuldner in bona fide. In diesem Falle kann der Schuldner, der befreit ist, nach § 825 dem Gläubiger aus der Bereicherung haften.

6. Im Verhältniß zwischen Gläubiger und Uebernehmer wirkt die Schuldübernahme Eintritt des Uebernehmers in die Schuld, wie sie bei dem Schuldner bestand. Verzinsliche Schuld bleibt verzinslich; ob verwirkte Vertragsstrafe mit übernommen, ist Thatfrage; die Strafstipulation wirkt auch gegen den Uebernehmer. Verzugszinsen sind Theil der Schuld. Die Schuld wird durch die Uebernahme keine andere, es müßte denn mit dem Uebernahmevertrag ein Anerkenntnißvertrag nach § 781 in dessen Form verbunden sein. OHG. 8 S. 118. Uebernahme einer Judikatschuld macht das Judikat auch gegen den Uebernehmer vollstreckbar. CPO. § 727. Rechtsnachfolge im Sinne der CPO., RG. 45 S. 369, 372, 47 S. 66, 69, liegt auch in der Schuldübernahme. Auch § 325 CPO. ist anzuwenden. (Uebernahme rechtshängiger Forderung.) Klagt der Gläubiger gegen den Schuldner nach der Uebernahme, so hat das Urtheil für und gegen den Uebernehmer keine Wirkung, aber das Urtheil, auf das sich der Schuldner berufen kann, kann dem Uebernehmer seinen Regreß gegen den Schuldner nehmen und daraus eine Einrede gegen den Gläubiger begründet sein. Besteht die übernommene Forderung nicht, weil sie nichtig, oder eine klagbare Verbindlichkeit nicht begründet, §§ 116, 117, 118, 134, 138, 344, 762, 656, so ist die Uebernahme ohne Wirkung; in diesem Falle auch das Schuldanerkenntniß. § 762 Abs. 2, § 812 Abs. 2. Ist die übernommene Schuld nur anfechtbar, §§ 119, 120, 123, 124, 143, so ist die Anfechtung durch den Uebernehmer, der nicht anfechtungsberechtigt, ausgeschlossen. Er könnte nur den Uebernahmevertrag anfechten. Daraus, daß der Uebernehmer in die Schuld so, wie sie beim Schuldner war, eintritt, folgt, daß außer den Einreden, die ihm gegen den Gläubiger persönlich und aus dem mit diesem geschlossenen Vertrage, aus dessen Nichtigkeit, Unverbindlichkeit zustehen, ihm wie nach bisherigem Recht, vgl. StrA. 95 S. 312 (Einrede der nicht erhaltenen Valuta), alle Einreden zustehen, die aus dem Schuldverhältniß für den Schuldner gegen den Gläubiger begründet sind. § 417 Abs. 1 Satz 1. Die nicht fällige Forderung wird durch die Uebernahme nicht fällig, RG. 9 S. 11, 20, wenn es nicht ausgemacht; es bleibt ihm die Einrede der Verjährung, soweit sie nicht durch Anerkenntniß nach §§ 208, 222 ausgeschlossen, vgl. Bd. 1 S. 315, S. 333, RG. 10 S. 43, 47, und die Natur einer der kurzen Verjährung unterworfenen Forderung wird durch die Uebernahme keine andere. Aus gegenseitigem Vertrage haftet der Uebernehmer nicht anders als der Schuldner. Aufrechnen kann dagegen der Uebernehmer zwar mit eigener Forderung gegen den Gläubiger, aber nicht mit Forderung des Schuldners, § 417 Abs. 1 Satz 2, weil durch die Uebernahme nur der Uebernehmer noch der Schuldner ist, § 387, er in die Schuld succedirt, aber nicht Successor des Schuldners ist, die Aufrechnungsmöglich-

keit die Forderung des Gläubigers nicht mangelhaft machte und mit dem Eintritt des Uebernehmers fortfällt. Daß die Aufrechnung durch den Schuldner vor der Uebernahme erfolgt ist und vorher geschlossenen Aufrechnungsvertrag macht der Uebernehmer natürlich geltend, weil dadurch der Bestand der übernommenen Schuld selbst berührt ist.

7. Einreden aus seinem Rechtsverhältniß zum Schuldner hat der Uebernehmer gegen den Gläubiger wie nach bisherigem Recht, nicht, § 417 Abs. 2, RG. 35 S. 185, ebenso wie bei Abtretung dem Schuldner Einreden aus dem Rechtsverhältniß zwischen Cedenten und Cessionar gegen diesen nicht zustehen. Das Rechtsverhältniß zwischen Schuldner und Uebernehmer geht den Gläubiger nichts an. Hat der Uebernehmer auf Delegation des Schuldners expromittirt, so fordert der Gläubiger von dem Uebernehmer Befriedigung, auch wenn der Grund der Delegation fortfällt, vereitelt wird. Was der Uebernehmer ihm leistet, kondicirt er gegen den Schuldner, der seine Schuld los geworden ist, §§ 812 ff., nicht gegen den Gläubiger, der seine Forderung verloren hat. Der Gläubiger macht gegen den Uebernehmer die Forderung wie gegen den Schuldner geltend, wenn sie nicht durch den Uebernahmevertrag modificirt ist, was nicht ausgeschlossen. Nur bei Erhöhung der Forderung fällt, soweit die Erhöhung geht, die Expromission begrifflich fort, und die Schuldübernahme enthält zugleich Neubegründung einer Forderung. Ausgeschlossen ist solche Kombination nicht.

Aendern kann sich das dadurch, daß der Gläubiger bei dem Vertrage zwischen Schuldner und Uebernehmer sich betheiligt hat. Hat er diesen Vertrag durch Täuschung des Uebernehmers herbeigeführt, so kann nach § 123 Abs. 2 Satz 2 die Uebernahme auch ihm gegenüber angefochten und die Berufung auf die Uebernahme und deren Wirkung beseitigt werden; ebenso bei Kollusion mit dem Schuldner.

8. § 418. Da die Schuldübernahme keine neue Forderung schafft, die alte bestehen läßt, müßten, wie für das ALR. aus dem Gegensatze von Expromission und Novation, I 16 §§ 471 ff., angenommen ist, ObTr. 19 S. 197, RG. 40 S. 222, die Vorrechte der Forderung und Pfand und Hypothek bestehen bleiben. Vgl. Entw. I § 317 Abs. 1. Daß der Bürge ohne seine Einwilligung nicht für den Uebernehmer, d. h. für einen anderen Schuldner haftet, als für den er eingetreten ist, auch nicht das für seine Bürgschaft bestellte Pfand, verstand sich auch nach LR. von selbst. StrA. 34 S. 312, 317. Im § 418 Abs. 1 ist es ausdrücklich gesagt. Nach § 418 Abs. 1 wird auch der dritte Verpfänder durch die Schuldübernahme frei, wenn er nicht seine Einwilligung zur Schuldübernahme ertheilt. Ohne diese Einwilligung kann er nach § 2254 beim Faustpfand die Rückgabe des Pfandes verlangen. Hat ein Dritter Hypothek für die Schuld bestellt, so tritt nach § 418 Abs. 1 Satz 2 mit der Schuldübernahme dasselbe ein wie bei Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek, §§ 1165, 1168, 1175. Alles dies gilt nach § 418, abweichend vom ALR., auch für Pfand und Hypothek, die der Schuldner selbst bestellt hat, wenn er nicht in die Schuldübernahme einwilligt. Vgl. zu § 416. Der Gläubiger, der den Schuldner gegen Uebernahme der Schuld durch einen Anderen entläßt, erklärt damit, daß er sich mit dem Uebernehmer begnügen will. Natürlich kann er sich dabei vorbehalten, daß Bürge, Pfand, Hypothek ihm bleiben, und wenn der Schuldner dann nicht einwilligt, fällt die Schuldübernahme mit ihrer befreienden Wirkung fort.

Alles dies gilt nur für vertragsmäßig übernommene Bürgschaft und vertragsmäßig bestelltes Pfand, nicht für die gesetzlichen Pfandrechte, BGB. §§ 559 ff., 585,

590, 647 und die z. B. nach BGB. § 571 Abs. 2 eintretende Bürgschaftsverpflichtung. Das Pfändungspfandrecht, CPO. § 804, muß dagegen durch die Schuldübernahme und die Befreiung des Schuldners fortfallen, wenn der Gläubiger es sich nicht vorbehalten hat.

Die Einwilligung in die Schuldübernahme ist Zustimmung im Sinne des § 183, d. h. Einwilligung vor der Schuldübernahme oder gleichzeitig mit derselben. Nach § 182 kann sie formlos dem Uebernehmer wie dem Gläubiger oder dem Schuldner erklärt werden. Die Einwilligung in den Fortbestand der Bürgschaft oder des Pfandrechts bedeutet zugleich Einwilligung in die Schuldübernahme. Von selbst willigt der Schuldner, der selbst verpfändet oder Hypothek bestellt hat, in die Schuldübernahme, wenn er sie mit dem Uebernehmer oder dem Gläubiger ohne Einschränkung verabredet, den Uebernehmer mit der Uebernahme beauftragt, die Schuldübernahme delegirt hat, § 416, und wenn der Uebernehmer der Verpfänder ist, bedarf es des Ausdrucks der Einwilligung nicht. Vorausgesetzt ist nach § 418 Abs. 1 Satz 3 immer, daß der Verpfänder zur Zeit der Schuldübernahme Eigenthümer des Pfandes ist, oder daß der einwilligt, der Eigenthümer des Pfandes zur Zeit der Schuldübernahme. Ist das Pfand von einem Nichteigenthümer verpfändet, so besteht das Pfandrecht ohne Einwilligung des Eigenthümers nicht fort; die bona fides des Gläubigers genügt hier nicht. § 1207. Nachträgliche Genehmigung der Schuldübernahme, § 184, steht der Einwilligung gleich, wenn die Schuldübernahme unter Vorbehalt von Pfand und Bürgschaft erfolgt, von der Genehmigung des Bürgen und Verpfänders abhängig gemacht ist. Sonst kann die Genehmigung nach perfekter Schuldübernahme und nachdem deren Wirkung eingetreten, nur wirken, wenn sie als neue Verbürgung oder Verpfändung aufzufassen und in der Form des § 766 erklärt ist.

Ob Schuldübernahme für einen Gesammtschuldner die anderen mitbefreit, ist nach §§ 423, 425 Frage der konkreten Auslegung. Expromission einem Gesammtgläubiger gegenüber berührt die anderen Gläubiger nicht. § 429.

9. Nach § 418 Abs. 2 kann ein mit der Forderung für den Fall des Konkurses des Schuldners verbundenes Vorzugsrecht im Konkurse des Uebernehmers nicht geltend gemacht werden. Zu denken ist an die in § 61 KonkO. bezeichneten, den sonstigen Konkursforderungen im Range bei der Befriedigung aus der Masse vorgehenden Forderungen. Ihr Vorrang ist ein Vorzugsrecht, das mit der Person des Schuldners und seinem besonderen Verhältniß zum Gläubiger zusammenhängt. Es fällt mit der Uebernahme und dem Ausscheiden des Schuldners fort; die Gläubiger des Uebernehmers würden ohnedies durch die Uebernahme in eine schlimmere Lage gebracht werden können.

10. Im Verhältniß zwischen Schuldner und Uebernehmer begründet die Uebernahme weder Recht noch Pflicht. Der Uebernehmer steht nicht dem Bürgen gleich, der durch Befriedigung des Gläubigers dessen Recht erwirbt; der Uebernehmer hat aus dem Uebernahmevertrag keinen Anspruch auf Zahlung der getilgten Schuld gegen den Schuldner. RG. 2 S. 262. Ob und welche Ansprüche der Uebernehmer gegen den Schuldner hat, richtet sich nach Grund und Zweck der Uebernahme, der wie bei solutio und traditio Schenkung, Zahlung, Kreditiren, Begründung eines Schuldverhältnisses sein, auf Mandat oder neg. gestio beruhen kann. SBGB. § 1003. BGB. §§ 670, 675, 679, 683, 684. Der Schuldner kann dem Uebernehmer die Uebernahme delegiren, ihn dem Gläubiger delegiren, um durch das, was er vom Ueber-

nehmer zu fordern hat, den Gläubiger zu befriedigen, was übrigens auch nach BGB. §§ 781, 787 dadurch geschehen kann, daß der Gläubiger als Gläubiger in das Schuldverhältniß zwischen dem Schuldner und dessen Schuldner eintritt. Der Schuldner kann dem Uebernehmer die Uebernahme auch auf seinen Kredit delegiren, oder durch die Schuldübernahme eine liberale Zuwendung erhalten. §§ 516 Abs. 2, 518 Abs. 2, 519 ff. Alle diese Rechtsverhältnisse zwischen Schuldner und Uebernehmer berühren die abstrakte Schuldübernahme nicht, bestimmen nur Recht und Pflicht aus der Schuldübernahme zwischen Schuldner und Uebernehmer, den Regreß. Die etwa aus § 812 herzuleitende condictio geht deshalb auch immer nur gegen den Schuldner, nicht den Gläubiger, wie oben bereits bemerkt.

III. Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer. § 415.

11. Der Schuldübernahmevertrag zwischen Schuldner und einem Dritten, (Abrede zwischen A, der an B Sachen verkauft, mit B, daß dieser an Stelle des Kaufpreises eine Schuld des A an C übernimmt) begründet nach jedem Recht mit rechtlicher Nothwendigkeit zunächst nur obligatorische Rechte und Pflichten zwischen den Kontrahenten. Der Schuldner wird Gläubiger des Uebernehmers, der Uebernehmer Schuldner des Schuldners. Dem Gläubiger des Schuldners kann durch solche Schuldübernahme für seine Forderung kein anderer Schuldner aufgedrängt werden. l. 2 C. 4, 39; l. 2 C. 2, 3. ALR. I 5 § 75. Preuß. Dekl. v. 21. März 1835 (GS. S. 42). ObTr. 60 S. 110, 20 S. 173, 80 S. 307. RE. 3 Nr. 287 S. 654, 660. SBGB. §§ 432, 1402 ff. RG. 37 S. 93. OHG. 11 S. 149, 12 S. 159. RG. 32 S. 156 (gem. R.). C. c. art. 1165.

Solch Vertrag kann auch nicht ohne Weiteres in die Kategorie der Verträge zum Vortheil Dritter, des Versprechens der Leistung an einen Dritten im Sinne der §§ 328 ff. BGB. gebracht werden. Vgl. oben S. 216 unter 9 zu § 329. Dem Gläubiger dient ein solcher Vertrag nur, wenn er dadurch neben dem alten einen neuen oder besseren Schuldner erhält, oder andere Vortheile ausbedungen werden, z. B. Erhöhung des Zinsfußes wie in StrA. 4 S. 252 oben S. 216. ObTr. 7 S. 67, RE. 2 N. 205 Erk. a. StrA. 95 S. 312. RE. 3 Nr. 287 Erk. e. SBGB. §§ 1404, 1405. C. c. art. 1121. RG. 7 S. 131, 33 S. 185.

Es kommt alles auf den Inhalt des Vertrages zwischen Schuldner und Uebernehmer an, der ganz verschieden sein kann: Anweisung zur Zahlung an den Gläubiger, delegirte Expromission, die erst mit der Expromission nach § 414 wirksam wird, Verpflichtung zur Zahlung an den Gläubiger für den Schuldner, oder Verpflichtung zur Befreiung, Exnexuation. Schuldübernahme ist der Vertrag inhaltlich nur, wenn der Uebernehmer Schuldner der übernommenen Schuld werden soll und will, und den Gläubiger kann der Vertrag nur berechtigen, wenn er Gläubiger werden soll und will. Es kommt immer darauf an, ob die Uebernahme translativ oder kumulativ gemeint ist. Der § 41 des Pr. Eigenth.Ges. v. 5. Mai 1872 und der § 432 des SBGB. (§ 164 Ges. v. 15. August 1884) gaben Specialvorschriften theils weiteren, theils einschränkenden Inhalts für die Uebernahme von Hypotheken in partem pretii, wie solche der § 416 BGB. giebt.

12. Das BGB. steht auf demselben Standpunkt, wie sich aus dem Zusammenhang des § 415 mit dem § 329 ergiebt.

In § 415 Abs. 1 wird ein Schuldübernahmevertrag zwischen Schuldner und

Uebernehmer im Sinne des § 414 vorausgesetzt, d. h. ein Vertrag, durch den der Uebernehmer in die Schuld eintreten soll und will. Solch Vertrag wirkt zunächst nur zwischen Schuldner und Uebernehmer. Er ist kein Vertrag im Sinne des § 328; er begründet im Zweifel wenigstens das Recht des Schuldners gegen den Uebernehmer, daß dieser den Gläubiger rechtzeitig befriedige. § 415 Abs. 3. Die Vertragsauslegung kann einen anderen Willen der Kontrahenten ergeben, z. B. daß der Vertrag nur gelten soll, wenn der Gläubiger beitritt, genehmigt, die Befreiung des Schuldners herbeigeführt wird, oder daß der Uebernehmer an den Gläubiger zahle oder den Schuldner durch Erklärung des Gläubigers befreie (Exnexuation), wobei die Wahl dem Schuldner oder dem Uebernehmer zustehen kann, grundsätzlich dem Uebernehmer als dem Schuldner. § 262. ObTr. 65 S. 308, 37 S. 139. Aus dem Vertrage ist zu entnehmen, wann er zu erfüllen ist; zu erfüllen ist er jedenfalls, wenn der Gläubiger den Schuldner in Anspruch nimmt, grundsätzlich nicht bevor der Gläubiger Leistung fordern kann oder annehmen muß. Erfüllt wird der Vertrag durch Befreiung des Schuldners, sei es durch Leistung an den Gläubiger, sei es durch Exnexuationserklärung des Gläubigers. Leistung an den Gläubiger tilgt die Schuld wie Leistung durch den Schuldner. § 267. Leistung durch den Schuldner selbst giebt ihm aus dem Vertrage gegen den Uebernehmer einen Anspruch, der ganz verschieden sein kann. Der Schuldner kann den Anspruch aus dem Vertrage abtreten, auch an den Gläubiger selbst, der damit den Anspruch auf Leistung gegen den Uebernehmer erhält, natürlich dabei aber auch allen Einreden des Uebernehmers aus dem Uebernahmevertrage ausgesetzt ist, da die Annahme der Abtretung nicht Genehmigung der Uebernahme ist. Nur kann der Uebernehmer, der bei Mobiliarkauf oder bei Immobiliarkauf eine nicht eingetragene Schuld des Verkäufers übernommen hat, nicht mit einer Forderung an den Verkäufer gegen den Cessionar (Gläubiger) aufrechnen, was ALR. I 16 § 370 ausdrücklich vorschreibt, weil mit solcher Aufrechnung die Erfüllung des Vertrages mit dem Schuldner nicht geleistet würde. BGB. §§ 334, 406. RE. 3 Nr. 265 S. 154. Der Anspruch kann auch anderen Gläubigern des Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen werden. Die Forderung (der Kaufpreis), die durch die Uebernahme getilgt werden soll, ist nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung, da der Uebernehmer das vertragsmäßige Recht hat, sie so zu befriedigen, wie ihm im Vertrage eingeräumt ist. ObTr. 20 S. 173.

13. Bezweckt der Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer die Befreiung des Schuldners durch Eintritt des Uebernehmers in die Schuld nicht, so kann er entweder Verpflichtung des Uebernehmers nur gegenüber dem Schuldner, oder die Verpflichtung des Uebernehmers neben dem Schuldner konstituiren und ein unmittelbares Gläubigerrecht des Gläubigers gegen den Uebernehmer wollen. Vgl. RG. 33 S. 184, 32 S. 157, 19 S. 254 (gem. R.). Darauf weist § 329 hin. Vgl. oben S. 216 unter 9. Verpflichtet sich in einem Vertrage der eine Theil, einen Gläubiger des anderen Theils zu befriedigen, ohne die Schuld zu übernehmen, d. h. ohne daß Schuldübernahmevertrag im Sinne der §§ 414, 415 Abs. 1 gewollt, so soll im Zweifel unmittelbares Recht des Gläubigers, die Befriedigung zu fordern, nicht als gewollt gelten. Der Vertrag kann aber Vertrag im Sinne des § 328 sein; es hängt alles von der Auslegung des Vertrages ab. Er wird es immer sein, wenn der Uebernehmer auch Schuldner neben dem alten Schuldner sein soll, oder dem Gläubiger wie in StrA. 4 S. 251, oben S. 216, neue Rechte stipulirt werden. Die §§ 417, 418 finden auf solchen Vertrag keine

Anwendung, der Gläubiger kann vom Uebernehmer nicht fordern, wenn der Schuldner nicht selbst Leistung an den Gläubiger durch den Dritten fordern könnte. § 334.

14. Bezweckt der Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer Befreiung des Schuldners durch den Eintritt des Uebernehmers in die Schuld, ist also Schuldübernahme im Sinne §§ 414, 415 Abs. 1 gewollt, so kann dies auch nach BGB. nur dadurch erreicht werden, daß der Gläubiger den Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer genehmigt. § 415 Abs. 1. § 184. Vor der Genehmigung ist der Vertrag für den Gläubiger wie nach bisherigem Recht eine Sache, die ihn nichts angeht, ihn weder berechtigt, noch verpflichtet. Vor der Genehmigung können Schuldner und Uebernehmer den Vertrag aufheben oder ändern, § 415 Abs. 1 Satz 3; daß der Gläubiger Kenntniß von dem Vertrage erlangt, ist bedeutungslos. Nach § 415 Abs. 1 Satz 2 wird der Gläubiger zur Genehmigung erst dadurch berechtigt, daß der Schuldner oder der Uebernehmer ihm die Schuldübernahme mittheilen. Mittheilung von anderer Seite ist wirkungslos, ebenso wie Genehmigung daraufhin. Die Genehmigung ist auch wirkungslos, wenn nach dem Vertrage die Mittheilung nur durch einen, oder durch beide Betheiligte nur gemeinsam erfolgen durfte, oder nicht vor bestimmtem Zeitpunkt, oder nur unter gewissen Voraussetzungen.

Die Genehmigung ist nothwendig, weil der Gläubiger ohne seinen Willen keinen anderen Schuldner erhalten kann; sein Gläubigerrecht wird durch den anderen Schuldner ein anderes, auch wenn der Leistungsinhalt nicht geändert wird. Weder kann der Schuldner sich selbst, noch kann der Uebernehmer ihn aus seiner Schuld entlassen, letztres wäre eine dem Uebernehmer nicht zustehende Verfügung über das Gläubigerrecht. Nur der Gläubiger kann es. Das geschieht, wenn der Gläubiger bei dem Vertrage zwischen Schuldner und Uebernehmer zugezogen wird, ihn mit abschließt, ihm beitritt. Es geschieht auch, wenn er den Uebernehmer mit der Uebernahme beauftragt, oder ihm gegenüber in die Uebernahme eingewilligt hat. §§ 182, 183, 185 Abs. 1. Das ist in § 415 nicht besonders gesagt, versteht sich aber von selbst. Nach § 185 Abs. 2 und § 415 Abs. 1 wirkt auch nachträgliche Genehmigung dem Uebernehmer oder dem Schuldner gegenüber, und zwar nach § 184 Abs. 1 so, wie wenn sie bei der Schuldübernahme erklärt wäre. In der Genehmigung dem Schuldner gegenüber sieht das BGB. nicht ganz folgerichtig die Genehmigung seines Vertrages mit dem Uebernehmer und damit die Genehmigung der Schuldübernahme. Wesentlich ist eigentlich nur Genehmigung dem Uebernehmer gegenüber. Vorausgesetzt ist immer, daß der Uebernehmer sich in dem Vertrage nicht allein die Mittheilung an den Gläubiger von der Schuldübernahme vorbehalten hat. Vorherige allgemeine Einwilligung in eine künftige Schuldübernahme dem Schuldner gegenüber kann dem Gläubiger das Recht nicht nehmen, die Genehmigung einer bestimmten Schuldübernahme zu versagen, die ihm nicht genügt, noch den Uebernehmer hindern, die Wirkung von seiner Mittheilung an den Gläubiger abhängig zu machen.

15. Die Genehmigung kann nach erfolgter Mittheilung ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden, selbst durch Klageerhebung gegen den Uebernehmer. Vgl. RG. 19 S. 256, 33 S. 184 für das frühere Recht. Sie wirkt die Perfektion der Schuldübernahme mit dem Abschluß des Vertrags zwischen Schuldner und Uebernehmer so, wie wenn der Vertrag mit dem Gläubiger geschlossen. Die §§ 417,

418 finden wie im Falle des § 414 Anwendung. Vgl. RG. 33 S. 185. Jhering 36 S. 336. Der Schuldner gilt als durch den Vertrag befreit, der Uebernehmer als durch den Vertrag in die Schuld eingetreten, wie sie damals war, soweit sie nicht inzwischen wirksam gegen Schuldner und Uebernehmer sich verändert hat. (Mahnung, Kündigung, Verzug.)

Eine Frist zur Erklärung über die Genehmigung nach erfolgter Mittheilung ist nicht vorgeschrieben. Nach § 415 Abs. 2 Satz 2 kann aber der Schuldner oder der Uebernehmer dem Gläubiger eine Frist zur Erklärung über die Genehmigung bestimmen, so daß die Genehmigung mit dem fruchtlosen Fristablauf als verweigert gilt. Das Präjudiz der Genehmigung kann dem Gläubiger nicht gestellt werden. Wird vom Schuldner und Uebernehmer Erklärung mit verschiedener Frist verlangt, so muß bei Ablauf der kürzeren Frist die Genehmigung als verweigert gelten. Dem Uebernehmer steht dann immer noch ein neuer Vertrag mit dem Gläubiger nach § 414 offen.

16. Wird die Genehmigung ausdrücklich versagt oder gilt sie als versagt, und letztres ist auch anzunehmen, wenn der Gläubiger nach der Mittheilung gegen den Schuldner klagt, so bleibt nur noch das Rechtsverhältniß aus dem Vertrage zwischen Schuldner und Uebernehmer übrig; die Schuldübernahme gilt als nicht erfolgt. § 415 Abs. 2 Satz 1. Im Zweifel gilt der Uebernehmer aber dem Schuldner gegenüber als verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. § 415 Abs. 3 Satz 1 und 2. Die Parteien können aber auch anderes gewollt haben, namentlich, daß der Vertrag über die Uebernahme mit der Versagung der Genehmigung fortfällt; dem Schuldner kann es gerade darauf angekommen sein, daß der Gläubiger ihn entläßt, er seine Schuld los wird. Darüber können nur die konkreten Umstände des einzelnen Falles entscheiden.

17. Die Schuldübernahme hat zu beweisen, wer daraus Rechte herleitet. Klagt der Gläubiger gegen den Schuldner, so hat dieser, wenn er sich auf Befreiung durch Schuldübernahme beruft, den Schuldübernahmevertrag und alle Thatsachen zu beweisen, aus denen nach §§ 414, 415 folgt, daß der Vertrag den Gläubiger bindet, im Falle des § 415 also namentlich die Genehmigung. Das gleiche gilt, wenn der Schuldner auf Feststellung, daß er befreit, klagt. Die Klage des Gläubigers gegen den Uebernehmer setzt den von ihm zu führenden Beweis der Uebernahme voraus. Ebenso hat aber auch der Uebernehmer für Klage gegen den Gläubiger aus der Uebernahme die gegen den Gläubiger wirksam gewordene Uebernahme zu beweisen.

IV. Uebernahme einer Hypothek Seitens des Erwerbers eines Grundstücks durch Vertrag mit dem Veräußerer. § 416.

18. Das Preuß. Eigenth.Ges. v. 5. Mai 1872 § 41 hat die Uebernahme einer Hypothek, für die der Veräußerer eines Grundstücks nicht bloß dinglich, sondern auch persönlich haftet, durch den Erwerber des Grundstücks in dem Erwerbsvertrage oder aus Anlaß des Erwerbs, zu einem besonderen Rechtsinstitut dadurch gestaltet, daß es dem Gläubiger, abweichend von dem allgemeinen Rechtssatz, daß tertio non contrahitur, gegen den Erwerber, der die Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen, die persönliche Klage aus der Hypothek ohne Beitritt zu dem Vertrage ipso jure giebt und den Veräußerer von der persönlichen Verbindlichkeit befreit, wenn der Gläubiger nicht in bestimmter Frist nach Mittheilung von der Schuldübernahme die persönliche Forderung gegen ihn klagend geltend macht.

Dadurch wurde das persönliche Gläubigerrecht erweitert; der Gläubiger erhielt zwei Schuldner. Zugleich wurde der Gläubiger aber mit dem Verlust des alten Schuldners bedroht, der vielleicht allein kreditfähig war, oder doch gezwungen, die Hypothek zu kündigen und beizutreiben, um den Verlust zu verhindern. Das ganze Rechtsinstitut, das zahlreiche Kontroversen hervorrief, war von sehr zweifelhaftem Werth. Vgl. RE. 3 Nr. 287 S. 654. Der § 432 des SBGB. verknüpfte mit dieser Uebernahme in partem pretii die persönliche Klage für den Gläubiger, sobald er dem Vertrage beigetreten, ließ die persönliche Haftung des Erwerbers aber nur bei Klageerhebung während der Besitzzeit diese überdauern. Für die Zwangsversteigerung gab das Sächs. Ges. v. 15. August 1884 §§ 16, 17, 143, 162, 164, 174, 175 besondere Vorschriften. Ein besonderes Rechtsinstitut schuf für den Fall der Uebernahme von Hypotheken auch das Bayr. Ges. v. 9. Mai 1886.

19. Auch das BGB. hat in § 416 die Schuldübernahme bei Uebernahme von Hypotheken durch Vertrag zwischen Veräußerer und Erwerber des Grundstücks besonders und abweichend von § 415 gestaltet, der an sich auf solchen Vertrag Anwendung finden würde. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß der Erwerber (der Dritte) mit dem Hypothekengläubiger einen Vertrag nach § 414 schließt, aus eignem Antrieb oder auf Delegation des Veräußerers (Schuldners).

Auch nach BGB. geht die dingliche Haftung mit dem Grundstücke auf den Erwerber von selbst über und die dingliche Haftung wird der Veräußerer mit dem Grundstück los. §§ 1113 ff. Ist der Veräußerer nur dinglicher Schuldner, so hat die Uebernahme für den Gläubiger keine Bedeutung. Für den Veräußerer und den Erwerber bedeutet sie nichts als Verrechnung und ist von Erheblichkeit für die Gewährleistung. §§ 434 ff. Vgl. RG. 22 S. 237, 23 S. 251.

Anders wird das, wenn der Veräußerer zugleich persönlicher Schuldner ist, sei es von Anfang an aus dem obligatorischen Schuldverhältniß, sei es durch Erbgang, sei es durch wirksame Schuldübernahme nach dem früheren oder dem Rechte des BGB. Von der persönlichen Schuld wird der Veräußerer durch die Veräußerung und durch den Uebergang der dinglichen Haftung auf den Erwerber nicht befreit. Wird die Uebernahme der Hypothek durch den Erwerber verabredet und nicht ausdrücklich nur die dingliche Haftung übernommen, was auch nach BGB. möglich, so ist jedenfalls dann, wenn die Hypothek in partem pretii übernommen wird, zu präsumiren, daß der Veräußerer von der persönlichen Schuld befreit sein will und soll, weil er ohnedies die Verrechnung auf den Kaufpreis nicht zulassen wird, den er nicht erhält, wenn er nicht persönlich befreit wird. Das Preuß. R. und das SBGB. beschränken das Rechtsinstitut auf den Fall entgeltlicher Veräußerung. Aber auch bei Schenkung eines Grundstücks kann der Veräußerer (Schenker) gewillt sein, die Schenkung auf den Werth des Grundstücks nach Abzug der eingetragenen Hypotheken zu beschränken, die der Beschenkte deshalb übernehmen muß. Das BGB. hat deshalb in § 416 die Beschränkung auf entgeltlichen Erwerb und Uebernahme in partem pretii mit Grund fallen lassen.

20. Durch die Schuldübernahme in solchen Fällen den Gläubiger zu berechtigen, liegt nach allgemein gültigen Rechtssätzen kein Anlaß vor, noch weniger dazu, ihn mit dem Verlust seines persönlichen Anspruchs zu bedrohen. RE. 3 Nr. 287 S. 655. Das BGB. hat deshalb im § 416 an dem Grundsatz des § 415 festgehalten, daß der Hypothekengläubiger ohne den Willen der Kontrahenten nicht berechtigt und

ohne seine Genehmigung nicht verpflichtet wird. Dadurch ist das Rechtsinstitut auf eine richtige Grundlage gestellt. Nach § 416 berührt der Schuldübernahmevertrag zwischen Veräußerer und Erwerber den Hypothekengläubiger zunächst nicht; er begründet nur Recht und Pflicht zwischen den Kontrahenten, wirkt als Schuldübernahmevertrag erst, wenn der Gläubiger die Schuldübernahme genehmigt.

Vorausgesetzt ist **a.** Veräußerung eines Grundstücks. Das Erbbaurecht ist nicht Grundstück, in § 1017 Abs. 1 und 2 dem Grundstück nur bezüglich der Vorschriften über den Erwerb und die Ansprüche aus dem Eigenthumserwerb gleichgestellt. Der Erwerber muß als Eigenthümer eingetragen worden sein. § 416 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1. Der Schuldübernahmevertrag wird perfekt und wirksam erst durch die Eintragung des Erwerbers als Eigenthümer. Was vorher auf Grund der Schuldübernahme geschieht, ist durch die Eintragung suspensiv bedingt und wird unwirksam, wenn es nicht zur Eintragung des Erwerbers kommt.

Jedes auf Uebertragung des Eigenthums gerichtetes Veräußerungsgeschäft genügt: Kauf, Tausch, Schenkung, Erbschaftsverkauf, Veräußerung durch Erbtheilung. Vgl. RG. 1 S. 401, 22 S. 237. Bei Veräußerung und Erwerb in der Zwangsversteigerung und Uebernahme von Hypothek durch den Ersteher findet § 416 nach § 53 des Zwangsversteigerungsgesetzes entsprechende Anwendung; als Veräußerer gilt der Schuldner.

b. Die Hypothek muß für eine persönliche Schuld des Veräußerers bestehen. Auf Grundschuld, Rentenschuld bezieht sich § 416 nicht, auch wenn ihr eine persönliche Schuld zu Grunde liegt. §§ 1191, 1192, 1199. Vgl. die besondere Vorschrift in Abs. 2 § 53 des Zwangsversteigerungsgesetzes. Auf Sicherungs- und Maximalhypothek, §§ 1184, 1186, ist § 416 anwendbar, auch auf vorgemerkte Hypothek. §§ 883ff. Ist der Veräußerer nicht persönlicher Schuldner, so kann ein Schuldübernahmevertrag nur mit dem persönlichen Schuldner nach § 415, oder nach § 414 mit dem Gläubiger abgeschlossen werden.

Wird die persönliche Schuld, die einer Grund- oder Rentenschuld zu Grunde liegt, oder wird eine persönliche Schuld in der irrigen Meinung, daß für sie Hypothek bestellt, übernommen, so ist nur § 415 anwendbar. Vgl. ObTr. 80 S. 307, wo der Käufer drei Darlehnsschulden des Verkäufers, von denen man irrig annahm, daß sie eingetragen, übernommen hatte, sein Abkäufer ebenso, und der erste Käufer, als man dahinter kam, daß die Darlehen nicht eingetragen, seinem Verkäufer den Anspruch aus dem Vertrage mit seinem Käufer abgetreten hatte. Der zweite Käufer ist auf die Klage zur Befreiung des ersten Verkäufers von der Schuld verurtheilt.

Keine Anwendung kann § 416 auch dann finden, wenn eine persönliche Schuld in der Meinung, daß sie nicht eingetragen, obwohl sie eingetragen, übernommen.

Ist der Erwerber selbst der Gläubiger, so schließt die Uebernahme die Genehmigung der Befreiung des Veräußerers von der persönlichen Schuld von selbst in sich und bewirkt dieselbe ipso jure durch Verrechnung, § 386. Der § 416 findet keine Anwendung, weil er nach dem Inhalt und Zusammenhang seiner Vorschriften voraussetzt, daß Gläubiger und Erwerber verschiedene Personen. Vgl. auch RG. 5 S. 321. RE. 3 Nr. 287 S. 659, 661. Nach §§ 1163, 1177 erwirbt der Uebernehmer die Hypothek als Grundschuld und kann sie auch nur als solche abtreten. Ist sie auf einem anderen Grundstück des Veräußerers oder eines Dritten mit eingetragen (Gesammthypothek), so erlischt sie auf diesen mitverhafteten Grundstücken durch die Tilgung der persönlichen Schuld.

Vorausgesetzt ist e. Schuldübernahmevertrag im Sinne der §§ 414, 415, d. h. der Erwerber muß die persönliche Schuld an Stelle des Veräußerers übernehmen sollen und wollen. § 416 Abs. 2 Satz 2.

Eine Form ist für den Vertrag auch hier nicht vorgeschrieben; gewöhnlich wird er mit dem Veräußerungsgeschäft verbunden sein. § 873. Nöthig ist es nicht.

21. Wirkung. Verhältniß zwischen Veräußerer und Erwerber. Sie beschränkt sich auch nach der Eintragung des Erwerbers als Eigenthümer im Grundbuch zunächst auf das Verhältniß zwischen Veräußerer und Erwerber. Der Gläubiger gewinnt kein Recht aus dem Vertrage. Der Veräußerer bleibt persönlicher Schuldner, der Erwerber wird dinglicher Schuldner. § 416 Abs. 1 Satz 1. Das war auch das Recht vor dem Preuß. Eigenth.Ges. v. 5. Mai 1872, das zuerst dem Gläubiger ein direktes Recht gab, RG. 28 S. 192, 29 S. 254. Recht und Pflicht zwischen Veräußerer und Erwerber bestimmen sich nach dem Uebernahmevertrage und nach § 415 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3. Nach § 416 Abs. 3 Satz 1 ist der Erwerber befugt, vom Veräußerer zu verlangen, daß er dem Gläubiger die Schuldübernahme gemäß § 416 Abs. 2 mittheile. Das beruht darauf, daß der Erwerber ein Interesse daran haben kann, baldige Gewißheit darüber zu erlangen, ob die Hypothek ihm weiter kreditirt wird, z. B. wenn sie bei Veräußerung kündbar. Daraus, daß der Veräußerer dem Verlangen des Erwerbers nicht nachkommt, kann ein Interesseanspruch für den Erwerber erwachsen. Aber der Vertrag kann anders bestimmen; aus § 416 ist nicht zu entnehmen, daß er absolutes, der Disposition der Parteien entzogenes Recht will, soweit er es nicht selbst sagt, oder es aus der Natur der Vorschrift folgt. Das Interesse des Veräußerers besteht regelmäßig darin, daß er nicht aus seiner persönlichen Verbindlichkeit vom Hypothekengläubiger in Anspruch genommen wird; oft genug wird gerade deshalb veräußert. Der Erwerber soll deshalb den Gläubiger befriedigen, sobald dieser Befriedigung fordern kann und fordert. Andererseits erfolgt die Uebernahme oft mit Rücksicht darauf, daß die Hypothek sammt der persönlichen Forderung Seitens des Gläubigers unkündbar oder vor bestimmter Zeit nicht kündbar, oder nur Seitens des Veräußerers kündbar. Ohne Rücksicht auf diese Thatsache kann auch nach BGB. der Veräußerer aus dem Vertrage die Befriedigung des Gläubigers durch den Erwerber nicht fordern, wenn der Vertrag nicht anders bestimmt. Vgl. für das frühere Recht ObTr. 19 S. 203, 77 S. 171. StrA. 85 S. 363. RE. 3 S. 657.

Auch der Veräußerer kann ein Interesse daran haben, möglichst bald Sicherheit darüber zu erhalten, ob er seine persönliche Schuld los ist. Dann kann er im Uebernahmevertrage die Befreiung in bestimmter Frist stipuliren und den Erwerber dadurch zwingen, den Weg des § 414 zu versuchen. Er kann sich auch auf den im § 416 gewiesenen Weg beschränken. Vgl. unter 24.

22. Ist die Schuldübernahme genehmigt, oder gilt sie gemäß § 416 Abs. 1 Satz 2 als genehmigt, so hat der Veräußerer gemäß § 416 Abs. 3 Satz 2 den Erwerber davon zu benachrichtigen. Unterlassen der Benachrichtigung kann einen Interesseanspruch für den Erwerber begründen, die Wirksamkeit der perfekten Schuldübernahme hängt davon nicht ab. Der Veräußerer ist von seiner persönlichen Schuld befreit und einen Anspruch gegen den Erwerber aus dem Vertrage hat er nicht weiter, nur noch gegen den Gläubiger.

Kommt es zur Befreiung durch die Schuldübernahme nicht, weil der Gläubiger

die Genehmigung verweigert oder weil der Veräußerer die ihm allein zustehende Mittheilung von der Schuldübernahme an den Gläubiger unterläßt und es auch zu einem Vertrage zwischen Gläubiger und Erwerber nach § 414 nicht kommt, so bleibt es bei der dinglichen Haftung des Erwerbers und nach § 415 Abs. 3 im Zweifel bei der Verpflichtung des Erwerbers, den Gläubiger zu befriedigen, damit der Veräußerer nicht in Anspruch genommen werde. Aus dem Vertrage über die Schuldübernahme kann sich aber ein anderes ergeben. Wenn nach dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Veräußerungsgeschäft der Erwerber den Veräußerer jedenfalls durch Befriedigung des Gläubigers oder Expromission befreien muß, kann sich der Erwerber gegen den Anspruch des Veräußerers nicht darauf berufen, daß derselbe die Mittheilung von der Schuldübernahme an den Gläubiger unterlassen und dadurch herbeigeführt habe, daß es zur Genehmigung der Schuldübernahme nicht gekommen sei. Nach dem Veräußerungsgeschäft kann aber die Schuldübernahme davon abhängig gemacht sein, daß der Gläubiger sie genehmige. Es versteht sich von selbst, daß im Verhältniß zwischen Veräußerer und Erwerber dem Erwerber alle Einreden aus dem Veräußerungsgeschäft gegen den Veräußerer zustehen.

Ueber das Verhältniß zwischen Veräußerer und Gläubiger vgl. § 1166 unter 24.

Der Erwerber erfüllt seine Verpflichtung aus dem Uebernahmevertrag, wenn der Gläubiger nicht genehmigt, durch Befriedigung des Gläubigers. Durch solche wird der Veräußerer von jeder persönlichen und auch von jeder dinglichen Verpflichtung befreit, falls die Hypothek noch auf einem anderen Grundstück als dem veräußerten haften sollte. §§ 1143, 1163, 1173. RG. 43 S. 340.

Der Erwerber erfüllt seine Verpflichtung aus dem Uebernahmevertrag gegen den Veräußerer auch dann, wenn er mit dem Hypothekengläubiger den Vertrag gemäß § 414 abschließt. Dadurch tritt er in die persönliche Schuld des Veräußerers und der Veräußerer ist von der persönlichen Schuld befreit. Die Hypothek für die Schuld bleibt auf dem erworbenen Grundstück des Uebernehmers bestehen und würde nach § 418 Abs. 1 Satz 2 und 3 auch auf mitverhaftetem Grundstück des Veräußerers als fortbestehend gelten müssen, wenn derselbe als in die Schuldübernahme einwilligend anzusehen wäre. Bei Uebernahme von Hypotheken in partem pretii ist aber nichts anderes anzunehmen, als daß der Veräußerer von jeder persönlichen und dinglichen Haftung befreit sein will und soll. Vgl. für früheres Recht StrA. 18 S. 152, 33 S. 144. ObTr. 65 S. 308. RE. 3 Nr. 289 Erk. c und S. 656, 657. Der Erwerber wird in solchem Fall den Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek auf den mitverhafteten Grundstücken zu beschaffen haben. Befriedigt er den Gläubiger, erwirbt er die Hypothek durch Cession, so ist die persönliche Forderung erloschen und weder er selbst noch sein Cessionar kann den Veräußerer aus der persönlichen Schuld weiter in Anspruch nehmen. RG. 45 S. 185. Vgl. RG. 41 S. 126, 5 S. 329, 20 S. 238, 37 S. 204. Bei Uebernahme von Hypothek in Folge Schenkung eines Grundstücks kann sich das aber anders gestalten.

23. Auch nach BGB. ist es unbedenklich, daß der Erwerber durch Weiterveräußerung von seiner Schuld aus der Uebernahme gegenüber dem Veräußerer nicht frei wird, StrA. 13 S. 316, ObTr. 7 S. 298, auch nicht dadurch, daß der Veräußerer den Hypothekengläubiger befriedigt, freiwillig oder gezwungen, oder die Hypothek durch Erbgang, Schenkung erwirbt. § 1164. Tritt der Veräußerer die erworbene Hypothek ab, so bleibt doch der Erwerber aus dem Uebernahmevertrage per-

sönlich verhaftet. §§ 1164, 1173. Vgl. ObTr. 24 S. 11, StrA. 81 S. 64, 15 S. 221. RE. 3 S. 658. Ebenso wenig ändert sich das Rechtsverhältniß zwischen Veräußerer und Erwerber dadurch, daß der Erwerber die übernommene Hypothek nach der Befriedigung des Gläubigers als Eigenthümerhypothek abtritt. BGB. §§ 1143, 1163 Abs. 1 Satz 2, §§ 1173, 1177. Vgl. für das frühere Recht ObTr. 37 S. 139, 33 S. 370, 66 S. 63. RE. 3 Nr. 287 Erk. d. und S. 658.

In StrA. 6 S. 342 hatte A seine drei für dieselbe Hypothek verhafteten Grundstücke an B, C, D veräußert und alle drei Erwerber hatten die Hypothek in p. pr. übernommen. B hatte den Gläubiger befriedigt und zuerst mit Cession des Gläubigers gegen C geklagt. Gegen diesen abgewiesen, klagte er gegen D mit Cession des A. Nach BGB. §§ 1143, 1173, 1177 erwarb B durch Befriedigung des Gläubigers die Hypothek an seinem Grundstück, die auf C und D erlosch. A war von seiner persönlichen Schuld befreit, aber C und D hafteten ihm, da sie die Hypothek nicht getilgt, auf Zahlung, und diesen Anspruch konnte A abtreten.

24. Wirkung. Verhältniß zwischen Gläubiger und Veräußerer und Erwerber. Nach § 416 Abs. 1 wird, wie bereits betont, durch die Uebernahme der Hypothek der Erwerber zunächst nur dinglicher Schuldner des Gläubigers; der Veräußerer bleibt persönlicher Schuldner. Der Gläubiger erwirbt keinen persönlichen Anspruch gegen den Erwerber, abweichend vom Preuß. Eigenth.Ges. § 41. RG. 28 S. 192, 29 S. 254. Der § 328 ist durch § 416, soweit nur Schuldübernahme in Frage steht, direkt ausgeschlossen. Vgl. RG. 7 S. 331, 19 S. 253 (gem. R.). Die Uebernahme der Hypothek durch den Erwerber wirkt auf das Verhältniß zwischen Gläubiger und Veräußerer sofort nur in sofern ein, als der Veräußerer, der von dem Erwerber Ersatz zu verlangen hat, falls er den Gläubiger befriedigt, also immer bei Uebernahme in part. pretii, nach § 1166 von dem Gläubiger thunlich unverzüglich benachrichtigt werden muß, wenn derselbe die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt, d. h. den Erwerber aus der dinglichen Haftung in Anspruch nimmt. Unterläßt der Gläubiger die Benachrichtigung, und erleidet der Veräußerer in Folge dessen einen Schaden, so kann er die Befriedigung des Gläubigers wegen des Ausfalls in Höhe dieses Schadens verweigern. §§ 273, 274. Vgl. zu § 1166.

Abgesehen hiervon tritt der Gläubiger zu dem Veräußerer und Erwerber in eine rechtliche Beziehung aus der Schuldübernahme erst durch die Mittheilung von der Schuldübernahme an ihn und deren Genehmigung. § 416 Abs. 1, Abs. 2. Die Mittheilung steht nur dem Veräußerer zu, weil es sich um seine Befreiung handelt, der Erwerber stets die Befreiung durch Vertrag mit dem Gläubiger nach § 414 herbeiführen kann, wenn es ihm darauf ankommt. Die Mittheilung an den Gläubiger kann erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen ist, weil ohnedies die Schuldübernahme fortfällt. Sie muß nach § 416 Abs. 2 Satz 2 schriftlich, § 126, und unter Hinweis darauf geschehen, daß der Uebernehmer (Erwerber) an die Stelle des bisherigen Schuldners (des Veräußerers) tritt, falls der Gläubiger nicht innerhalb sechs Monaten die Genehmigung verweigert. § 416 Abs. 1 Satz 2. Die Mittheilung ist rechtliche Willenserklärung. §§ 130 ff. Sie muß dem Gläubiger oder seinem gesetzlichen oder sonst legitimirten Vertreter geschehen, wenn sie rechtliche Wirkung haben soll. Vgl. RG. 7 S. 258, 35 S. 230. Mittheilung mündlich oder schriftlich ohne Präjudiz, oder vor der Eintragung des Erwerbers, oder Mittheilung durch den Erwerber ist nicht geeignet, zur Anwendung des § 416

zu führen. Mittheilung durch den Erwerber berechtigt den Gläubiger nach der unzweideutigen Vorschrift in § 416 Abs. 1 Satz 1 nicht, die Schuldübernahme zu genehmigen, verpflichtet ihn auch nicht zur Erklärung, hindert natürlich nicht, daß zwischen Erwerber und Gläubiger der Schuldübernahmevertrag nach § 414 zu Stande kommt. Mittheilung vor der Eintragung des Erwerbers ist bedeutungslos, wenn es zur Eintragung nicht kommt. Nach § 416 Abs. 2 Satz 1 ist der Gläubiger auch nicht verpflichtet, sich auf solche Mittheilung zu erklären; sein Schweigen darauf ist nicht Genehmigung, und Erklärung vor der Eintragung ist ebenfalls bedeutungslos. Aber aus der Fassung des § 416 Abs. 2 Satz 1 folgt nicht, daß der Gläubiger nach der Eintragung des Erwerbers die Schuldübernahme nicht genehmigen könnte. § 416 Abs. 1 Satz 1.

Die Mittheilung muß schriftlich und unter dem Präjudiz geschehen. Nach § 125 ist Mittheilung mündlich und ohne Präjudiz nichtig, berechtigt und verpflichtet den Gläubiger deshalb nicht. Auch das Stellen des Präjudizes gehört zur Form, eine Vorschrift, die wenig begründet, aber im Ganzen wenig schädlich ist.

25. Auf die gehörige Mittheilung kann der Gläubiger die Schuldübernahme genehmigen. Er muß nach § 416 Abs. 1 Satz 2, wenn er nicht genehmigen will, die Verweigerung der Genehmigung innerhalb von sechs Monaten seit dem Empfang der Mittheilung dem Veräußerer erklären. Erklärt er sich nicht, so gilt, anders als in § 415, die Genehmigung als ertheilt. Eine Frist zur Erklärung kann dem Gläubiger nicht gestellt werden, alles dies abweichend von § 415. Die Genehmigung ist wie die Verweigerung der Genehmigung dem Veräußerer zu erklären, wie aus § 416 Abs. 3 Satz 2 zu entnehmen ist, eine Abweichung von § 182. Eine Form ist für die Genehmigung wie für die Verweigerung nicht vorgeschrieben. Der Veräußerer soll den Erwerber von der ertheilten und der verweigerten Genehmigung benachrichtigen; Unterlassen der Benachrichtigung kann ihn schadensersatzpflichtig machen.

26. Wird die Genehmigung versagt, so wird in dem Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger einerseits und Veräußerer und Erwerber andrerseits nichts geändert. Der Veräußerer ist nicht gehindert, seinen Anspruch aus dem Vertrage mit dem Erwerber auch dem Gläubiger zu cediren, aber der Gläubiger steht dadurch zum Erwerber nicht anders, als der Veräußerer, ihm stehen alle Einreden zu aus der dinglichen Schuld und aus seinem Vertrage mit dem Veräußerer, aus welchem allein seine persönliche Verpflichtung auf Grund der Cession geltend zu machen ist. Vgl. StrA. 80 S. 89. RE. 3 Nr. 286a Erk. d und Nr. 287 S. 659. RG. 1 S. 403, 4 S. 220.

27. Wird die Genehmigung ertheilt oder gilt sie als ertheilt, so ist die Schuldübernahme perfekt und wirkt als Expromission nach §§ 414, 417, 418. Der Veräußerer wird von seiner persönlichen Schuld befreit, der Erwerber tritt in die Schuld ein. Der Gläubiger hat gegen den Erwerber die dingliche und die persönliche Klage aus der Hypothek. Die persönliche Klage ist wie in § 414 die aus dem der Hypothek zu Grunde liegenden Schuldverhältniß, nicht aus dem Schuldübernahmevertrage. Darüber kann nach BGB. gar kein Zweifel aufkommen. Vgl. für das frühere Recht StrA. 95 S. 312. RG. 1 S. 403, 7 S. 217, 17 S. 277, 30 S. 288, 291. RE. 3 Nr. 287 Erk. e und S. 660. Der Erwerber hat alle Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniß, § 417 Abs. 1 Satz 1, aber er kann nicht aufrechnen mit Forderung an den Veräußerer. § 417 Abs. 1 Satz 2,

oder mit Forderung des Veräußerers an den Gläubiger, und aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Vertrage mit dem Veräußerer hat er nach § 417 Abs. 2 keine Einreden gegen den Gläubiger; vgl. RE. 3 Nr. 287 S. 665, vorbehalten den Fall konkurrirender Arglist des Gläubigers. RG. 33 S. 288. Richtigkeit und Anfechtbarkeit des Schuldübernahmevertrages wirken nicht anders als im Falle der §§ 414, 415.

Der § 418 Abs. 1 findet unbeschränkt Anwendung auf Bürgschaft, auf vom Bürgen oder einem Dritten bestelltes Pfand oder bestellte Hypothek. Dagegen bleibt Hypothek, die der Veräußerer mit einem anderen als dem veräußerten und ihm gehörigen Grundstück bestellt hat, nach § 418 Abs. 1 Satz 3 bestehen, wenn der Gläubiger nicht ausdrücklich verzichtet oder Befriedigung erhält. §§ 1174, 1175. RE. 3 Nr. 287 S. 669.

Regelmäßig wird der Uebernahmevertrag den Erwerber verpflichten, den Gläubiger zu befriedigen oder seinen Verzicht herbeizuführen. Der Erwerber wird von seiner Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber nur durch Erfüllung befreit, welche die persönliche und die dingliche Schuld tilgt, nicht durch Weiterveräußerung, auch nicht durch Rückveräußerung an den Veräußerer, oder durch Aufhebung des Veräußerungsgeschäfts. RG. 3 S. 116. ObTr. 80 S. 68, 302, 81 S. 161. RG. 43 S. 270, 19 S. 254.

V. Vermögensübernahme. § 419.

28. Ein allgemein gültiger Rechtssatz, daß, wer unter Lebenden ein ganzes Vermögen überkommt, — die Universalsuccession kommt hier nicht in Betracht, — dem Gläubiger unmittelbar für die Schulden hafte, ist weder für das römische, noch für das französische Recht, noch für das des SBGB. aufgestellt. Das bedeutete namentlich nicht der Satz: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno. l. 8 D. 39, 5. l. 72 pr. D. 23, 3. Die gemeinrechtliche Doktrin u. Praxis neigte sich dahin, dem Gläubiger bei Veräußerung eines ganzen Vermögens ein unmittelbares Klagerecht gegen den Erwerber zu geben. Dernburg P. 2 § 53 zu Anm. 2 ff. RG. 17 S. 96, 100, 43 S. 181. Das ALR. ließ nur bei Erbschaftskauf und dem sog. Vitalitienvertrag, I 11 §§ 445 ff., Anh. § 19 zu § 646 I 11, den Uebernehmer neben dem Uebertragenden mit dem überkommenen Vermögen für dessen Schulden haften, RE. 2 Nr. 204, 205, und die Praxis übertrug diesen Satz auf Schenkung eines Vermögens, die selbst für künftiges Vermögen zugelassen wurde. RE. 2 Nr. 221 Erk. c. OHG. 13 S. 382. RG. 28 S. 358, 360.

Für das SBGB., welches weder Schenkung eines Vermögens, außer für den Todesfall, noch Erbschaftskauf kannte, SBGB. §§ 1853, 2402, ist der Satz nie anerkannt. OHG. 12 S. 159. Im französischen Recht, das ein Vermögen als Gegenstand von Verträgen unter Lebenden nicht kennt, sorgt der Grundsatz des Art. 1166 für den Gläubiger.

Die Wirkung der eherechtlichen Gütergemeinschaft als Vereinigung des Vermögens der beiden Ehegatten für die Dauer der Ehe in der Hand des Mannes steht nach allen Rechten nicht unter dem Gesichtspunkte der Vermögensübertragung, sondern unter besonderen Rechtsregeln. BGB. §§ 1438 ff., 1443, 1459 ff.

Unter besonderen Rechtsregeln steht ferner nach BGB. der Erbschaftskauf, §§ 2371 ff., 2382, 2385, die Haftung des Nießbrauchers an einem Vermögen, §§ 1085 ff. Auch der Fall, wo das Vermögen eines ideellen Rechtssubjekts auf ein anderes ideelles

Rechtssubjekt so übertragen wird, daß ersteres untergeht oder mit dem anderen verschmilzt, sich in das andere umwandelt, ist nicht unmittelbar unter § 419 zu subsumiren. Vgl. BGB. §§ 45, 46. EinfGes. Art. 85. Ges. betr. die Gesellschaften m. b. H. v. 20. April 1872 §§ 80, 81, (78, 79): Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft m. b. H., — HGB. II §§ 332 ff. (HGB. I Art. 206 a): Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Aktiengesellschaft, — Genossenschaftsgesetz §§ 143 ff. (137 ff): Umwandlung von Genossenschaften. In diesen und ähnlichen Fällen, wie z. B. bei der Konsolidation von Bergwerken nach den §§ 41 ff. des Preuß. Berggesetzes, und bei der in RG. 26 S. 334, 28 S. 358 behandelten Umwandlung einer Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft, handelt es sich nicht sowohl um Vermögensübertragung von einem Subjekt auf das andere, als entweder darum, daß dasselbe Rechtssubjekt unter anderer Form weiter besteht, oder untergeht und ein anderes Rechtssubjekt an seine Stelle tritt, in dessen Hände das Vermögen des untergegangenen gelangt, so daß für die Gläubiger kein anderer Schuldner als das neue Rechtssubjekt übrig bleibt. Vgl. Wiener, über Umwandlung und Fusion von Gesellschaften in Goldschmidts Ztschr. 27 S. 379. RG. 2 S. 295, 301 ff. ObTr. 67 S. 239. DJZtg. 1902 S. 504 (Umwandlung eines bisher nicht rechtsfähigen Vereins in einen rechtsfähigen Verein).

29. Besonders streitig war bisher die Anwendung des Satzes bei der Veräußerung von Handelsgeschäften mit oder ohne Firma unter Uebernahme von Aktiven und Passiven. Streitig war, ob und unter welchen Voraussetzungen in solchem Falle der Gläubiger ein direktes Klagerecht gegen den Erwerber erlange. Vgl. RG. 17 S. 96 und die dort citirten Urtheile des OHG. und RG., ferner RG. 31 S. 45, 47; 19 S. 329, 36 S. 50, 38 S. 137.

Die Streitfrage ist jetzt durch den § 25 des neuen HGB. im Wesentlichen beseitigt. Wer ein Handelsgeschäft, d. h. das Geschäft eines Vollkaufmanns, § 4 HGB., unter Lebenden erwirbt und unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle in dem Betriebe des Geschäfts vorher begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers, d. h. persönlich neben dem früheren Inhaber. Anderes kann vereinbart werden, mit Wirkung gegen einen Dritten aber nur, wenn die Vereinbarung in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, oder dem Dritten von dem Erwerber oder dem Veräußerer mitgetheilt ist. Bei Fortführung unter anderer Firma haftet der Erwerber nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, d. h. die Verbindlichkeiten übernommen sind, §§ 414, 415, insbesondere, wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise bekannt gemacht worden ist, z. B. durch Cirkulare. Die Anzeige von der Uebernahme des Geschäftes genügt nicht. Vgl. RG. 50 S. 117. Vgl. RG. 17 S. 96 für das frühere Recht. Solche Bekanntmachung ersetzt die im § 415 erforderte Genehmigung nach Mittheilung. Uebrig bleibt auch jetzt die Frage, wie der Erwerb des Handelsgeschäfts, auf den § 419 an sich nicht anwendbar, wirkt, wenn das unentgeltlich veräußerte Handelsgeschäft das Vermögen des Veräußerers darstellt.

Für die Frage aber, wie die Uebernahme der Passiva wirkt, wenn der Veräußerer dadurch befreit werden soll, gilt auch in Zukunft lediglich der § 415 BGB. Vgl. auch CPO. § 729 Abs. 2.

30. Nach BGB. § 419 Abs. 1, 2 und Abs. 3 hat die vertragsmäßige

Uebernahme des Vermögens eines Anderen die gesetzliche, der Disposition der Kontrahenten nicht unterliegende Folge, daß der Uebernehmer des Vermögens vom Vertragsabschlusse an für alle zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche an den bisherigen Schuldner neben dem bisherigen Schuldner mit dem Bestande des Vermögens, das er übernommen hat, und mit den aus dem Vertrage ihm zustehenden Ansprüchen persönlich haftet. Der Gläubiger hat ein unmittelbares Klagerecht aus der Thatsache der vertragsmäßigen Vermögensübernahme, ohne daß er bei diesem Vertrage zugezogen ist oder ihn genehmigt hat. Die Vorschrift beruht auf dem, dem Deutschen Rechte und der gemeinrechtlichen Praxis zu Grunde liegenden Gedanken, daß ohne Arglist ein Vermögen nicht übertragen und übernommen werden kann, ohne zugleich den Gläubigern, die aus diesem Vermögen ihre Befriedigung zu fordern berechtigt sind, die Rechtsstellung des Gläubigers auch gegen den Uebernehmer zu gewähren. Deshalb ist es nach Abs. 3 § 419 unstatthaft, die Aktiva eines Vermögens zu übertragen, die Passiva bei dem Uebertragenden zu belassen. RG. 25 S. 276, 24 S. 256 (ALR.).

Vorausgesetzt ist ein obligatorischer Vertrag im Sinne des § 311. Vgl. oben S. 159 unter 12. Ob der Vertrag ein entgeltlicher oder unentgeltlicher, ist gleichgültig. Auch Vertrag über den Bruchtheil eines Vermögens, z. B. Vergleich zwischen Testaments- und Intestaterben, durch den letzterer eine Quote des Nachlasses erhält, ALR. I 16 §§ 440, 441, gehört hierher. Entw. I § 319 Abs. 3. Ebenso fällt unter § 419 der Vertrag zwischen Erben, durch den einer der Erben den ganzen Nachlaß gegen Abfindung der anderen übertragen erhält und übernimmt, vgl. RG. 43 S. 181, die Alimentations- und Ueberlassungsverträge des ALR., RE. 2 Nr. 205, Vermögensüberlassung gegen Leibrenten, §§ 759 ff., Verträge, die Vermögen zu Lust und Last übertragen, StrA. 63 S. 165, Uebertragungsverträge zwischen Eltern und Kindern gegen Leibzucht, Ausgedinge, Abfindung der Geschwister, OHG. 3 S. 368, 13 S. 382. StrA. 52 S. 259. Der § 419 kann nicht dadurch umgangen werden, daß das Vermögen nicht als Ganzes durch einen Vertrag im Sinne des § 311 übertragen und übernommen wird, sondern alle einzelnen Gegenstände in der für sie erforderlichen und genügenden Form, in Wahrheit aber das praktische Ergebniß der Vermögenübertragung herbeigeführt wird. Das muß namentlich gelten, wenn die Schenkung eines ganzen Vermögens ohne Beobachtung der Form des § 518 Abs. 1, § 311 durch Bewirkung der Leistung nach § 518 Abs. 2 vollzogen wird. Der Begriff der Vermögensübertragung kann auch dadurch nicht beseitigt werden, daß sich der Uebertragende einzelne Gegenstände vorbehalten hat. OHG. 3 S. 368. RG. 24 S. 256, 260, 17 S. 96, 100. Der Uebernahme der Passiva durch den Vertrag bedarf es nicht, um die Verpflichtung aus § 419 Abs. 2 herbeizuführen; die Nichtübernahme schließt den § 419 Abs. 2 nicht aus. Werden die Passiva ausdrücklich übernommen, so treten die weitergehenden Wirkungen des § 415 bez. 416 unter deren Voraussetzungen ein. Ebenso ist Vertrag nach § 414 nicht ausgeschlossen. Unbedenklich ist auch, daß wenn zu dem Vermögen ein vermiethetes (verpachtetes) Grundstück gehört, auf den Uebernehmer die Spezialvorschriften in den §§ 571 ff. Anwendung finden.

31. Der Vermögensübertragungsvertrag ist nach der aktiven Seite Titel zum Eigenthumserwerb; erworben wird das Eigenthum erst in Verbindung mit Uebergabe, Auflassung, Abtretung; letztere wird für die Forderungen regelmäßig in der

Vermögensübertragung enthalten sein. Der Besitz des Uebernehmers ist Eigenbesitz, § 872, und ermöglicht die Ersitzung. Nach der passiven Seite wirkt die Uebernahme des Vermögens allein nicht die Befreiung des Uebertragenden als des Schuldners, das kann nur durch den ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen des Gläubigers geschehen. Vgl. RG. 19 S. 129, 31 S. 47. Bolze 13 Nr. 500. Der Uebernehmer wird vom Abschluß des Vertrages an unmittelbar Schuldner neben dem ursprünglichen Schuldner, Gesammtschuldner, nicht als Successor desselben, sondern vermöge der Succession in das Vermögen. Nach § 729 CPO. kann aber, wenn der Schuldner vor der Vermögensübernahme rechtskräftig verurtheilt ist, vollstreckbare Ausfertigung des Urtheils gegen den Uebernehmer ertheilt werden, falls die Uebernahme bei dem Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen wird. Rechtskräftige Verurtheilung des Schuldners nach der Uebernahme wirkt nach § 425 Abs. 2 nicht gegen den Uebernehmer. Vgl. für das frühere Recht ObTr. 47 S. 360, StrA. 20 S. 70, 53 S. 200.

Die Verpflichtung des Uebernehmers beschränkt sich nicht auf Ansprüche, die durch Zahlung zu tilgen, sondern umfaßt persönliche und dingliche Verpflichtungen aller Art: Vindikation, Publiciana, die Kondiktionen gehen gegen den im Besitz befindlichen Uebernehmer, der als solcher passiv legitimirt ist. ObTr. 74 S. 265. RE. 1 Nr. 181 Erk. a. (Anspruch aus formlosem Vertrage auf Rückgabe der in den Händen des Uebernehmers befindlichen Leistung). Hat der Uebertragende mit dem Vermögen Nachlaß übertragen, so hat der Uebernehmer den Offenbarungseid zu leisten. StrA. 9 S. 96, 19 S. 209. ObTr. 39 S. 200, 211; 46 S. 177, 185; 62 S. 397. Durch die Uebernahme wird der Anspruch gegen den Uebernehmer kein anderer, als er gegen den Schuldner ist. Der Uebernehmer hat alle Einreden des Schuldners; er rechnet mit eigener und mit Forderung des übernommenen Vermögens auf, nicht mit Forderung des Schuldners, die derselbe nach der Uebernahme erworben hat. Die Vermögensübernahme an sich schafft so wenig wie die Schuldübernahme in § 415 eine neue causa für den Anspruch des Gläubigers, einen neuen Verpflichtungsgrund; deshalb bleibt die Verjährung des Anspruchs dieselbe und wird auch nicht unterbrochen, wenn der Uebernehmer nicht dem Gläubiger gegenüber anerkennt oder die Schuld nach § 414 übernimmt. Vgl. OHG. 8 S. 118. RG. 10 S. 43, 47. Deshalb fällt aber auch die Verpflichtung des Uebernehmers aus der Vermögensübernahme fort, wenn diese fortfällt, weil der Vertrag, durch den das Vermögen übernommen, nichtig oder mit Erfolg angefochten ist. §§ 118, 119, 120, 123, 124, 134, 138, 142. Gewährleistungsansprüche kann der Uebernehmer, der gekauft hat, nur gegen den Uebertragenden, nicht gegen den Gläubiger geltend machen. Vgl. §§ 2382, 2385.

32. Die Haftung des Uebernehmers dem Gläubiger gegenüber ist nach § 419 Abs. 2 ähnlich beschränkt, wie die des beschränkt haftenden Erben. Er haftet nur cum viribus des übernommenen Vermögens und mit den Ansprüchen, die ihm aus dem Vertrage, durch den er das Vermögen übernommen, gegen seinen Kontrahenten zustehen. Letzteres ist von Bedeutung, weil der Uebernehmer nach § 419 Abs. 1 von dem Abschlusse des Vertrages an haftet, möglicherweise also ohne ein Stück von dem Vermögen in Händen zu haben. Zu den Ansprüchen des Uebernehmers aus dem Vertrage gehören außerdem solche, die ihm aus Veränderungen des Vermögens durch Verschulden des Uebertragenden erwachsen. So haftet er den Gläubigern persönlich, die zur Zeit des Vertragsabschlusses einen Anspruch gegen den Uebertragenden,

den bisherigen alleinigen Schuldner, haben. Nach Abs. 1 § 419, Abs. 2 Satz 2 können die Gläubiger ihre Ansprüche auch gegen den Uebernehmer geltend machen, d. h. ohne die Beschränkung der Haftung zu beachten. Der Uebernehmer muß sich auf die Beschränkung seiner Haftung berufen, die möglicherweise keine praktische Bedeutung für ihn hat, weil das Vermögen die Ansprüche weit übersteigt. Ebenso schon früher ObTr. 7 S. 67, 55 S. 304. OHG. 3 S. 368. RG. 2 Nr. 205. Der § 786 CPO. bestimmt jetzt ausdrücklich, daß auf die nach § 419 BGB. eintretende beschränkte Haftung die §§ 780 Abs. 1, 781, 785 CPO. entsprechende Anwendung finden. Danach kann die beschränkte Haftung von dem verurtheilten Uebernehmer nur geltend gemacht werden, wenn sie ihm im Urtheil vorbehalten ist, und bei der Zwangsvollstreckung bleibt die Beschränkung unberücksichtigt, bis der Uebernehmer auf Grund der Beschränkung gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage nach § 767 (769, 770) CPO. Einwendung erhebt. Letzteres gilt namentlich, wenn der Uebernehmer aus dem gegen den Schuldner ergangenen, nach § 729 CPO. gegen ihn vollstreckbaren Urtheil in der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen wird.

33. Die Einwendung aus der beschränkten Haftung richtet sich gegen die Verurtheilung des Uebernehmers zur Zahlung ohne Vorbehalt der Beschränkung, wenn der Gläubiger auf Zahlung klagt. Abweisung der Klage kann der belangte Schuldner nur durch den Nachweis erreichen, daß das übernommene Vermögen durch Befriedigung von Gläubigern erschöpft ist. Dabei kommen die in § 419 Abs. 2 angezogenen §§ 1990, 1991 (1978, 1979) in Betracht. Ist der Uebernehmer selbst Schuldner des Uebertragenden, so kann er dem Gläubiger gegenüber nicht geltend machen, daß seine Schuld durch Vereinigung erloschen sei, ebenso wenig kann er sich auf Erlöschen der Forderung berufen, wenn der Gläubiger nach der Uebertragung Erbe des Uebertragers oder der Uebertragende Erbe des Gläubigers wird. RG. 3 Nr. 269 Erk. a. und b. Erstres folgt aus der rechtlichen Natur der confusio, die nie zum Nachtheil Dritter wirken kann, vgl. oben S. 265 unter 2, und ist in § 1991 Abs. 2 direkt ausgesprochen; letzteres daraus, daß der Uebernehmer Schuldner neben dem Uebertragenden wird und wie ein Gesammtschuldner steht. § 425 Abs. 2. Nach dem in § 1991 Abs. 1 angezogenen § 1979 muß der klagende Gläubiger sich die Befriedigung eines anderen Gläubigers entgegensetzen lassen, wenn der Uebernehmer bei der Befriedigung den Umständen nach annehmen durfte, daß das Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger ausreiche. Die rechtskräftige Verurtheilung des Uebernehmers auf Klage eines anderen Gläubigers wirkt nach § 1991 Abs. 3 unter derselben Voraussetzung dem klagenden Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung, d. h. der Uebernehmer kann diese Schuld von dem Vermögensbestand abziehen, um darzuthun, daß nichts mehr übrig ist. Abgesehen von § 1991 Abs. 4, der bei Schenkung eines Vermögens und Uebernahme eines Nachlasses zur Anwendung kommen kann, ist der Uebernehmer danach nicht verpflichtet, die Gläubiger pro rata zu befriedigen, und der Gläubiger nicht verpflichtet, sich einfach darauf verweisen zu lassen, daß noch andere Gläubiger vorhanden. Nach § 1991 Abs. 1 und § 1978 hat der Uebernehmer das Vermögen offen zu legen und gemäß §§ 259, 260, 261 auf Verlangen den Offenbarungseid zu leisten. Nach § 1978 Abs. 1 ist der Uebernehmer des Vermögens den Gläubigern gegenüber vor deren Befriedigung wie ein mit der Verwaltung des Vermögens Beauftragter verpflichtet. Ansprüche der

Gläubiger aus Verschulden bei dieser Verwaltung gehören zu dem Vermögen und dienen zur Befriedigung der Gläubiger. Unverschuldete Veränderungen des Vermögens gehen zu Lasten der Gläubiger; verschuldete machen den Uebernehmer persönlich haftbar. Ansprüche des Uebernehmenden aus Verschulden des Uebertragenden dienen nach § 419 Abs. 2 zur Befriedigung der Gläubiger. Andrerseits hat der Uebernehmer Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen für das Vermögen, soweit er als Mandatar oder neg. gestor Ersatz verlangen könnte, §§ 666—668, 670. Diese Ersatzansprüche bringt der Uebernehmer den Gläubigern gegenüber von dem Vermögensbestand in Abzug.

34. Wird der Uebernehmer von einem Gläubiger gemäß § 419 Abs. 1 auf Befriedigung belangt, so ist er, wenn das Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger nicht ausreicht, was er sorgsam zu prüfen hat, § 1979, berechtigt und den anderen Gläubiger gegenüber auch verpflichtet, die Beschränkung seiner Haftung geltend zu machen. CPO. §§ 786, 781 Abs. 1. Er muß aber auch darthun, wenn der Gläubigern auf der Verurtheilung zur Zahlung besteht, weil das Vermögen ausreichend, daß er zur Befriedigung des Gläubigers unbeschränkt nicht verpflichtet, weil das Vermögen nicht ausreicht. § 1990 Abs. 1 Satz 1. Ohnedies kann der Vorbehalt der Beschränkung seiner Haftung im Urtheil nicht ausgesprochen werden. § 780 Abs. 1 CPO. Wird der Vorbehalt ausgesprochen, so hat das nach § 1990 Abs. 1 Satz 2 die Bedeutung, daß der Uebernehmer die Zwangsvollstreckung aus dem Urtheil in sein eigenes Vermögen abwehren kann. § 767 Abs. 1 CPO. Denn durch den Vorbehalt steht fest, daß der verurtheilte Uebernehmer nur das übernommene Vermögen zur Befriedigung des Gläubigers herauszugeben hat, der Gläubiger sich in der Zwangsvollstreckung nur an dieses Vermögen halten kann. Den Beweis, daß, was der Gläubiger etwa in der Zwangsvollstreckung gepfändet, oder sich hat überweisen lassen, zu seinem eigenen, nicht dem übernommenen Vermögen gehört, hat der Uebernehmer zu führen. Die persönliche Haftung des Uebernehmers aus eigenem Verschulden bei der Verwaltung des Vermögens oder durch Befriedigung anderer Gläubiger hat der Gläubiger, die Voraussetzung des § 1979 der Uebernehmer darzuthun.

Ist der ursprüngliche Schuldner vor der Uebernahme bereits rechtskräftig verurtheilt, so hat der Uebernehmer seine Rechte aus der Beschränkung seiner Haftung gemäß §§ 781, 785 CPO. in der Zwangsvollstreckung aus dem Urtheil gegen ihn, § 729 CPO., geltend zu machen.

35. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Uebertragenden und dem Uebernehmer des Vermögens bestimmt sich nach dem Vertrage zwischen ihnen. Derselbe kann bestimmen, daß der Uebernehmer alle oder einzelne Gläubigeransprüche nicht übernimmt. Nach § 419 Abs. 3 hat dies den Gläubigern gegenüber zwar keine Bedeutung, bleibt aber zwischen den Kontrahenten wirksam. Den Gläubigern gegenüber sind sie nach § 419 Abs. 1 Gesammtschuldner; ob sie untereinander Ausgleichung fordern können, bestimmt sich nach § 426 und dem Vertrage, nach dem regelmäßig der Uebernehmer keine Ausgleichung wird fordern dürfen, weil er in dem Vermögen das Aequivalent für die Befriedigung des Gläubigers erhalten haben wird. Täuschung über den Vermögensbestand und den Umfang der Verbindlichkeiten kann die Anfechtung des Vertrages gegenüber dem Uebertragenden und gemäß §§ 123, 142 Abs. 2 auch gegenüber dem Gläubiger begründen. Vgl. Bd. 1 S. 199, 201. Ist die Vermögensübernahme mit Erfolg angefochten, so kann der Gläubiger seinen Anspruch gegen den

Uebernehmer nicht mehr aus § 419 Abs. 1 geltend machen. Befriedigung des Gläubigers vor der Beseitigung des Vertrages unterliegt der Rückforderung nur unter den Voraussetzungen des § 812.

VI. Oertliches und zeitliches Recht.

36. Für das örtliche Recht fehlt es auch hier an Bestimmungen. Grundsätzlich kann es auch hier darauf nicht ankommen, wo der Schuldübernahmevertrag in §§ 414, 415, 416 oder der Vermögensübernahmevertrag in § 419 geschlossen ist, sondern nur darauf, wie, d. h. für und gegen wen er wirken soll. In § 414 ist der Vertragswille, den Schuldner zu befreien, so entscheidend und in § 414 wie in § 415 der Rechtssatz, daß der Gläubiger wider seinen Willen keinen anderen Schuldner erhalten kann, so allgemeingültig, daß die Frage über das anzuwendende örtliche Recht kaum von praktischer Bedeutung werden wird. Auf § 415 wird sich der inländische Gläubiger stets berufen können. In § 416 handelt es sich um ein Rechtsinstitut besonderer Art, das nur auf Veräußerung und Erwerb inländischer Grundstücke und auf darauf eingetragene Hypotheken angewendet werden kann. Ebenso kann § 419 wie § 25 HGB. nur auf Vermögen (Handelsgeschäft) im Inlande angewendet werden.

Auf Schuldübernahmevertrag und Vermögensübernahmevertrag vor dem Inkrafttreten des BGB. ist das frühere Recht anzuwenden. Beide Rechtsgeschäfte begründen Schuldverhältnisse, deren Entstehung und Wirkung gemäß Art. 170 EGes. nach dem früheren Recht zu beurtheilen. Dasselbe muß für die Schuldübernahme nach § 416 gelten. Das Rechtsinstitut des § 416 ist so besonderer Art und weicht von dem früheren Recht, namentlich dem § 41 des Preuß. Eigenth.Ges. v. 5. Mai 1872, so wesentlich ab, daß die Anwendung des § 416 auf Uebernahme von Hypotheken in Veräußerungsverträgen vor dem Inkrafttreten des BGB. nicht bloß durch Art. 170 EGes., sondern nach allgemeingültigen Rechtsgrundsätzen durch die Natur des Rechtsinstituts ausgeschlossen ist. Habicht S. 225 ff. und Dernburg BR. 2 § 159 Anm. 3 wollen dagegen die Zeit der Auflassung (Eintragung) entscheiden lassen, bei Auflassung nach dem 1. Januar 1900 die Wirkung der Uebernahme von Hypotheken in dem vor dem 1. Jan. 1900 geschlossenen Veräußerungs- und Erwerbsvertrage nach § 416 beurtheilt wissen. Das würde, wenn die Auflassung und Eintragung aus dem früheren Vertrage sich längere Zeit verzögerte, was erfahrungsmäßig nicht selten, geradezu grobe Rechtsverletzung herbeiführen können, dem Gläubiger z. B. das früher erworbene unmittelbare Klagerecht nehmen. Es ist unrichtig, zu sagen, die Folgen der Uebernahme würden nach dem früheren Recht und nach § 416 nicht an den Vertrag, sondern an den Erwerb des Grundstücks durch Auflassung und Eintragung geknüpft. Das Schuldverhältniß aus der Uebernahme wird durch den Vertrag begründet, Inhalt von Recht und Pflicht aus dem Schuldverhältniß bestimmt sich nach der Zeit des Vertragsschlusses. Art. 170 EGes. Daß seine Wirkung durch die Auflassung und Eintragung bedingt, rechtfertigt den Schluß nicht, daß die suspensiv bedingte Wirkung durch den § 416 beeinflußt werden kann, der an Vertrag und Auflassung eine wesentlich andere Wirkung knüpft.

Selbstverständlich ist, daß der § 416 nur für Uebernahme von Hypotheken gelten kann, die in einem Grundbuch eingetragen, in welchem der Erwerber als Eigenthümer eingetragen werden kann. Das sind die Grundlagen des Rechtsinstituts, ohne die es nicht angewendet werden kann. Vgl. Art. 186, 189 ff. EGes. Uebernahme einer Hypothek nach dem 1. Januar 1900 ohne diese Grundlagen ist entweder nur nach §§ 414, 415

BGB. oder gemäß Art. 189 EGes. Abs. 1 Satz 1 und 2 nach dem bisherigen Landesrecht zu beurtheilen, vorausgesetzt, daß dieses die Uebernahme von Hypotheken als besonderes Rechtsinstitut ausgebildet hat.

---

6. Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

§ 420. Schulden Mehrere eine theilbare Leistung oder haben Mehrere eine theilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Antheile verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Antheile berechtigt.[1—3, 4, 5, 25])

§ 421. Schulden Mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesammtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Theile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämmtliche Schuldner verpflichtet.[1—3, 6—23])

§ 422. Die Erfüllung durch einen Gesammtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner. Das Gleiche gilt von der Leistung an Erfüllungsstatt, der Hinterlegung und der Aufrechnung.[12—14])

Eine Forderung, die einem Gesammtschuldner zusteht, kann nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden.

§ 423. Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesammtschuldner vereinbarter Erlaß wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältniß aufheben wollten.[12])

§ 424. Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesammtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner.[13, 14])

§ 425. Andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Thatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältniß ein Anderes ergiebt, nur für und gegen den Gesammtschuldner, in dessen Person sie eintreten.

Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesammtschuldners, von der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urtheile.[14—17])

§ 426. Die Gesammtschuldner sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Antheilen verpflichtet, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist. Kann von einem Gesammtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen.

Soweit ein Gesammtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Der Uebergang kann nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden.[18—23])

§ 427. Verpflichten sich Mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer theilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesammtschuldner.[6])

§ 428. Sind Mehrere eine Leistung in der Weise zu fordern berechtigt, daß jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist (Gesammtgläubiger), so kann der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten. Dies gilt auch dann, wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben hat.[24—30])

§ 429. Der Verzug eines Gesammtgläubigers wirkt auch gegen die übrigen Gläubiger.

Vereinigen sich Forderung und Schuld in der Person eines Gesammtgläubigers, so erlöschen die Rechte der übrigen Gläubiger gegen den Schuldner.

Im Uebrigen finden die Vorschriften der §§ 422, 423, 425 entsprechende Anwendung. Insbesondere bleiben, wenn ein Gesammtgläubiger seine Forderung auf einen Anderen überträgt, die Rechte der übrigen Gläubiger unberührt.[26])

§ 430. Die Gesammtgläubiger sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Antheilen berechtigt, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist.[30])

§ 431. Schulden Mehrere eine untheilbare Leistung, so haften sie als Gesammtschuldner.[10])

§ 432. Haben Mehrere eine untheilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesammtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern. Jeder Gläubiger kann verlangen, daß der Schuldner die geschuldete Sache für alle Gläubiger hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert.

Im Uebrigen wirkt eine Thatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger.[24, 31—36])

Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern. §§ 420—432. Entw. I §§ 320 bis 341; II §§ 363—374; III §§ 414—426. ALR. I 5 §§ 424—442; 443—449; 450—453; 16 §§ 492—494. SBGB. §§ 663, 777, 1019—1038. C. c. art. 1197 bis 1216, 1217—1225, 1285. W. 2 § 253 (Theilbarkeit, Untheilbarkeit); §§ 292, 293—297, 298, 299, 300, 301. D. P. 2 §§ 24, 69, 70—75. D. PrPr. 2 §§ 47 bis 50, 51. Eccius 1 §§ 62, 63, 96. RE. 1 Nr. 123, 124, 125. D. BR. 2 §§ 160—166. Crome, französ. Obligationenrecht §§ 4, 19, 20. Crome, System 2 §§ 139, 206—209. Cosack 1 §§ 118—120. Endemann 1 §§ 154 ff.

I. 1. Nach jedem Recht können mehrere Personen (Gläubiger) denselben oder mehrere Schuldner, und mehrere Personen (Schuldner) denselben oder mehrere Gläubiger haben. Von rechtlicher Bedeutung für das Schuldverhältniß der Personen wird diese Mehrheit, wenn Gegenstand von Forderung und Schuld dieselbe Leistung ist, und besonders wenn sie dies so ist, daß sie nur einmal zu fordern ist und nur einmal geschuldet wird. Diese Thatsache wirkt rechtlich eine gewisse Gemeinschaft der mehreren Gläubiger und Schuldner mit besonderer rechtlicher Wirkung. Das ist nicht der Fall, wenn A dieselbe Sache zuerst an B und dann an C verkauft, oder A dieselbe Forderung zuerst an B und dann an C abtritt, oder A sich zur gleichen Dienstleistung zu gleicher Zeit und an demselben Ort gleichzeitig oder nach einander an B und an C verpflichtet, so daß sowohl B als auch C dieselbe Sache, Forderung, Leistung, Jeder für sich und ganz, zu fordern haben. Dann handelt es sich um die Kollision der mehreren Rechte und Pflichten, und diese Kollision steht unter besonderen Rechtsregeln, die mit dem Fall der Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern nichts zu thun haben. Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern in dem wahren Sinn kann durch Rechts-

geschäft unter Lebenden oder von Todeswegen (Testament, Vermächtniß), oder durch gesetzliche Vorschrift, ursprünglich entstehen oder nachträglich geschaffen werden. Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern entsteht nachträglich namentlich dadurch, daß an Stelle des einen Gläubigers oder des einen Schuldners durch Erbgang mehrere Personen, die Erben, treten, oder dadurch, daß die Forderung von dem Gläubiger an mehrere abgetreten wird, oder dadurch, daß nach Vertrag oder Gesetz zu dem ursprünglichen einen Schuldner ohne dessen Befreiung ein anderer hinzutritt (Schuldübernahme, constitutum, Vermögensübernahme).

Besonders geartet und in jedem Recht besonders geregelt ist der Fall, wo neben dem Hauptschuldner, eigentlichen Schuldner, ein Anderer tritt, aber accessorisch, indem er für den eigentlichen Schuldner einzustehen ursprünglich oder nachträglich verspricht (Bürgschaft), oder gesetzlich verpflichtet ist (§§ 571 Abs. 2, 578). Vgl. OHG. 20 S. 47, RG. 8 S. 261, 264.

Wo der Gegenstand der Leistung Mehrerer dasselbe Unterlassen ist, muß Jeder ganz unterlassen und Keiner kann sich darauf berufen, daß er von der Pflicht der Unterlassung dadurch befreit, daß der Andere unterlassen habe. Eine Verbindung der mehreren Schuldner, die für das Recht von Bedeutung, kann hier nur dadurch entstehen, daß Jeder dafür einzustehen hat, daß der Andere unterläßt.

Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern liegt, abgesehen von der Mehrheit durch Erbgang, z. B. vor, wenn A und B das ihnen gemeinschaftlich gehörige Grundstück oder eine bewegliche Sache (species oder genus) an C veräußern, oder A an B und C veräußert, wenn A und B dem C ein Darlehn geben, oder A dem B und C, wenn A und B den C bevollmächtigen oder beauftragen oder A den B und C bevollmächtigt oder beauftragt, wenn Mehrere zusammen oder nach einander für dieselbe Schuld Bürgschaft übernehmen, wenn Mehrere dieselbe Wechselverpflichtung als Aussteller, Acceptanten, Indossanten eingehen. Ferner aber auch, wenn Mehrere durch gemeinschaftliche unerlaubte Handlung einem Anderen Schaden zufügen, wenn mehrere Eigenthümer derselben Sache oder auch verschiedener Sachen als solche berechtigt oder verpflichtet sind, persönlich oder dinglich, wenn für dieselbe Leistung der eine Schuldner dinglich, der andere persönlich haftet. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wie bei der des Handelsrechts handelt es sich um die Berechtigung und die Verpflichtung Mehrerer, ebenso bei dem nicht rechtsfähigen Verein.

2. Bei der Aufgabe, wie die Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern derselben Leistung rechtlich zu gestalten, kommt namentlich in Frage, ob die mehreren Gläubiger die Leistung ein Jeder ganz, oder Jeder seinen Theil oder Alle nur zusammen fordern können, ob und wie rechtliche Vorgänge zwischen dem Schuldner und dem einzelnen Gläubiger auf die anderen Gläubiger wirken. Bei dem Rechtsverhältniß mehrerer Schuldner steht ebenso in Frage, ob Jeder die ganze Leistung oder Jeder nur ein Theil zu leisten hat, oder nur Alle gemeinsam, und wie, wenn Jeder das Ganze zu leisten hat, der einzelne Schuldner zum Gläubiger und den Mitschuldnern steht, ob in demselben oder in verschiedenen Schuldverhältnissen, ob und wie rechtliche Vorgänge zwischen dem Gläubiger und dem einzelnen Schuldner auf die anderen Schuldner wirken.

Im gemeinen Recht wurde, wenn Gegenstand von Recht und Pflicht eine theilbare Leistung, grundsätzlich angenommen, daß von mehreren Gläubigern Jeder nur zu seinem Antheil berechtigt, jeder von mehreren Schuldnern nur zu seinem Antheil

verpflichtet, der Erbe nur nach seiner Erbquote berechtigt und verpflichtet. Bei natürlich oder rechtlich untheilbarer Leistung oder wo es durch Vertrag, letztwillige Verfügung oder Gesetz bestimmt, war Jeder der mehreren Gläubiger zu der ganzen Leistung berechtigt, Jeder der mehreren Schuldner zu der ganzen Leistung verpflichtet und durch die Leistung des Einen und an Einen wurde jeder Anspruch und jede Schuld getilgt. In der Doktrin wurde dabei zwischen der Korreal- und der einfachen Solidarobligation unterschieden; bei jener sollte eine einzige Obligation mit mehren Subjekten vorliegen, bei dieser mehrere Obligationen, letzteres namentlich bei Haftung Mehrerer für denselben Schaden in Folge mehrerer verschiedener rechtlicher Thatsachen, unerlaubter Handlung, Vertrag, Thatsachen anderer Art. Aus dem Unterschied sollte praktisch die verschiedene Wirkung anderer Thatsachen als die der Erfüllung (Erlaß, Eid, Urtheil), wenn sie in der Person des einen Gläubigers oder Schuldners eintritt, auf die anderen Gläubiger oder Schuldner erklärt werden.

Das ALR. läßt eine Verbindlichkeit Mehrerer so, daß Jeder dem Gläubiger für die ganze Forderung haftet, der Gläubiger sich an den Einzelnen wie an Alle halten kann, grundsätzlich durch Vertrag entstehen, wenn der Vertrag nicht klar ergiebt, daß Jeder nur für seinen Antheil (Kopftheil) haften soll, außerdem durch gesetzliche Bestimmungen, I 5 §§ 424 ff.; 6 § 30 (unerlaubte Handlung); 13 §§ 201, 202 (Vollmacht an Mehrere); 14 §§ 374, 378 (gemeinschaftliche Bürgen). Diese Verbindlichkeit Mehrerer wird als Korrealverbindlichkeit bezeichnet, in I 14 §§ 374, 378 auch unterschieden zwischen der gemeinschaftlich und der gesondert von Mehreren übernommenen Bürgschaft. Bedeutung hat dieser Unterschied aber nur für den Regreß unter den mehreren Bürgen. Sonst scheidet das ALR. nicht zwischen Solidar- und Korrealobligation.

Prinzipiell abweichend vom römischen und gemeinen Recht kennt das LR. die aktive Korreal- oder Solidarobligation nicht. Bei gemeinschaftlich geschlossenem Vertrag, durch den Mehrere berechtigt werden, kann, wenn der Vertrag nicht ausdrücklich anders bestimmt, das gemeinschaftliche Recht von Allen nur gemeinschaftlich ausgeübt, durch Verfolgung des Rechts Seitens des Einzelnen weder das Recht des Anderen, noch die Lage des Verpflichteten beeinträchtigt werden. Das gilt in diametralem Gegensatz zum römischen Recht, namentlich auch für die Erbengemeinschaft. Vgl. ALR. I 17 §§ 4, 10, 115, 151; 13 § 210.

Das SBGB. §§ 1019 ff. und der C. c. art. 1197 ff. stehen unter Beseitigung des Unterschiedes zwischen Korreal- und Solidarobligation wesentlich auf dem Standpunkt des römischen und gemeinen Rechts.

II. 3. Das BGB. geht in § 420 davon aus, daß wenn dieselbe von Mehreren oder an Mehrere geschuldete Leistung theilbar, im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem Antheil verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem Antheil berechtigt ist. Wenn A und B von C 1000 zu fordern, oder A und B an C 1000 zu leisten haben, haben A und B Jeder 500 zu fordern und C zu leisten. Aber dieser Rechtssatz cessirt und verwandelt sich in das Gegentheil, wenn die Verpflichtung zu der theilbaren Leistung von Mehreren durch Vertrag übernommen ist, § 427, und wenn an Stelle des einen Gläubigers mehrere Erben treten, werden sie ohne Unterschied zwischen theilbarer und untheilbarer Leistung, nach §§ 2039, 2040 gemeinschaftliche Gläubiger im Sinne des § 432, so daß jeder Miterbe Leistung nur an alle

fordern, der Schuldner nur an alle Erben gemeinschaftlich leisten kann. Treten an Stelle des Schuldners mehrere Erben, so werden diese nach § 2058 wieder abweichend von § 420 auch bei theilbarer Leistung Gesammtschuldner, aber mit erheblichen Modifikationen, §§ 2059, 2040. CPO. § 747. Das Wesen der Gesammtschuld ist nach § 421, daß jeder der mehreren Schuldner die ganze Leistung schuldet, der Gläubiger die Leistung nur einmal fordern kann. Die Wirkungen sind in den §§ 422—426 geordnet. Gesammtschuld entsteht nach §§ 427, 431 durch Vertrag und durch die Untheilbarkeit der Leistung, sonst nur durch Gesetz. Zwischen Korreal- und Solidarobligation scheidet das BGB. nicht. Vgl. § 769 (mehrere Bürgen).

Gesammtgläubigerschaft liegt vor, wenn von mehreren Gläubigern jeder die ganze theilbare oder untheilbare Leistung fordern kann, der Schuldner sie aber nur einmal zu bewirken hat. Das kann nur durch Vertrag oder Gesetz bestimmt werden. Die Wirkungen der Gesammtgläubigerschaft bestimmen die §§ 428, 429, 430. Mehrere Erben sind als solche nie Gesammtgläubiger, sondern Gläubiger zur gesammten Hand im Sinne des § 432.

Im Anschluß an deutschrechtliche Auffassung und ALR. I 5 § 450; 17 §§ 115, 151 bestimmt § 432 endlich, daß wenn Mehrere eine untheilbare Leistung zu fordern haben, jeder Gläubiger die Leistung nur an alle gemeinschaftlich fordern, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten kann, sobald nicht Gesammtgläubigerschaft vorliegt.

Gemeinschaft von Forderung und Schuld, so daß die mehreren Gläubiger nur zusammen fordern, die mehreren Schuldner nur zusammen in Anspruch genommen werden können, kommt, abgesehen von der Erbengemeinschaft, auch bei der Gesellschaft des BGB. § 705 vor, soweit es sich um Forderung der Gesellschaft und Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen handelt, BGB. §§ 709, 718, CPO. § 736, ferner bei der aktiven Gemeinschaft, § 747 Satz 2, bei der ehelichen Gütergemeinschaft, § 1472, CPO. §§ 740, 743.

Um Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern handelt es sich nicht, wenn bei dem gesetzlichen Güterstande die Ehefrau Schuldnerin, der Ehemann nur zustimmen muß, BGB. §§ 1375, 1395, 1411, CPO. §§ 730, 741, 742, und in den Fällen des § 1072 (Gläubiger und Nießbraucher), und des § 1281 (Gläubiger und Pfandgläubiger).

4. Theilschuldverhältniß. § 420. Solches setzt mehrere Personen auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite und die Theilbarkeit der Leistung voraus. Das BGB. sagt über den Begriff der Theilbarkeit und Untheilbarkeit nichts, mit Recht, weil er abstrakt nicht zu geben ist. Vgl. Bd. 1 S. 81. W. 2 § 453; D. P. 2 § 24. D. BR. 2 § 47. Crome, System 2 § 145 unter 4. In § 752 kann ein Anhalt gefunden werden, insofern er dort bestimmt, daß die Aufhebung der Gemeinschaft durch Theilung in Natur erfolgt, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand sich ohne Verminderung des Werths in gleichartige, den Antheilen der Theilnehmer entsprechende Theile zerlegen läßt. Natürlich theilbar ist nur, was durch die Theilung nicht sein Wesen ändert, durch die Theilung nur in qualitativ gleiche Theile (Quantitäten) zerlegt wird, die zusammen das Ganze geben, ohne sich selbst und das Ganze wirthschaftlich zu ändern. Für den Rechtsbegriff gilt nichts anderes. Eine Leistung, mag sie in Sachen oder Handlungen bestehen, solche zum Gegenstand haben, ist theilbar nur, wenn durch die Leistung in Theilen die Leistung

weder für Gläubiger noch für Schuldner eine andere wird, jeder der mehreren Gläubiger, die zu fordern haben, durch die Leistung des Theils an ihn nicht mehr oder weniger erhält, als durch die Leistung des Ganzen an alle. Daraus ergiebt sich zugleich, was natürlich und rechtlich untheilbar ist. Rechtlich untheilbar ist namentlich, was seiner rechtlichen Natur nach nur als Ganzes bestehen kann, wie die Grundgerechtigkeit, die durch Theilung unter mehrere Berechtigte oder Verpflichtete nothwendig entweder unberührt bleibt oder untergeht, §§ 1025, 1026; 1108, 1109. Rechtlich untheilbar ist nach § 179 Abs. 1 HGB. die Aktie und die Kuxe, Preuß. Berggeſ. § 101 Abs. 3. Was rechtlich untheilbar ist, kann durch den Willen der Parteien nicht theilbar werden.

Was natürlich untheilbar ist, kann durch den Willen der Parteien theilbar werden, das sonst untheilbare Objekt wird dann durch die Theilbarkeit ein anderes, aber nur mit dem Willen der Parteien. So kann lebendes Vieh, das als solches untheilbar, durch die Zweckbestimmung zum Schlachtvieh theilbar werden. Andererseits kann ein natürlich theilbares Objekt, z. B. ein Quantum Getreide, Holz u. a. durch den Willen der Parteien und die Zweckbestimmung untheilbar werden, z. B. ein Inbegriff, ein Gespann, ferner wenn mehrere Bauunternehmer zu dem gemeinschaftlichen Unternehmen Baumaterial zu fordern haben. Geldleistungen sind von Natur teilbar, aber wenn A, B, C sich gemeinschaftlich von D ein Darlehn von 10000 versprechen lassen, so ist die Spaltung des Forderungsrechts an A, B, C in drei selbständige Forderungsrechte von je 3333$^1/_3$ regelmäßig und, wenn der Vertrag nichts anderes ergiebt, dadurch ausgeschlossen, daß bei gemeinsamer Zweckbestimmung des Darlehns weder A noch B noch C damit gedient ist, daß jeder den dritten Theil erhält, noch dem Schuldner, der nach § 427 A, B, C für die Rückforderung als Gesammtschuldner behandeln darf, damit gedient, daß er jeden von den Dreien als Gläubiger für ein Dritttheil hat. Dadurch wird die Obligation hier untheilbar im Rechtssinn. Ebenso liegt die Sache, wenn A, B, C dem D Auftrag zum Kauf eines Grundstücks für sie geben, D in eignem Namen erwirbt, und es sich um Erfüllung des Mandats durch Herausgabe des Grundstücks handelt. Vgl. zu § 432. Anders ist es, wenn A, B, C gemeinschaftlich an D verkaufen und sich 10000 Kaufpreis versprechen lassen. Wenn der Vertrag nicht Gesammtgläubigerschaft ergiebt, tritt die Rechtsregel des § 420 ein und jeder kann von dem Kaufpreis seinen Antheil (Kopftheil) fordern. Anders wieder nach § 427, wenn A, B, C gemeinschaftlich für 10000 kaufen. Ihre Schuld ist nach § 427 Gesammtschuld, ihr Anspruch auf Verschaffung des Eigenthums aber regelmäßig untheilbar, wenn es sich um eine species, bewegliche Sache oder Grundstück, oder einen Inbegriff handelt, da keinem damit gedient ist, daß er nur einen ideellen Antheil oder einzelne Stücke des Inbegriffs erhält, ein körperlicher Theil nicht Gegenstand des Geschäfts ist. Bei Quantitäten kann aber der Wille dahin gehen, daß jeder der mehreren Käufer einen Antheil des ganzen Quantums erhält. Alles das ist Thatfrage und nur in jedem einzelnen Falle konkret zu finden. Nicht anders ist es bei Schuldverhältnissen, die Handlungen, Dienstleistungen, Unterlassungen zum Gegenstand haben. Der Auftrag, die Vollmacht Mehrerer wird regelmäßig untheilbar sein; Dienstleistungen können nach Raum und Zeit theilbar sein, auch Unterlassungen. OHG. 20 S. 184. Ob solche Theilung das Wesen der Leistung berührt und damit die Spaltung in mehrere selbständige Schuldverhältnisse zuläßt oder ausschließt, ist nur konkret zu finden.

Für das BGB. hat die Unterscheidung zwischen theilbaren und untheilbaren

Obligationen durch die Vorschrift in § 427 und die bereits erwähnte Regelung der aktiven und passiven Erbengemeinschaft gegenüber dem früheren Recht an Bedeutung sehr verloren. Die in § 420 aufgestellte Regel ist dadurch fast zur Ausnahme geworden, aber wie im ALR. bleibt die Regel, daß für die solidarische Berechtigung oder Haftung Mehrerer bei theilbarem Leistungsinhalt keine Vermuthung spricht, solche vielmehr durch Vertrag oder Gesetz begründet sein muß. Der Rechtssatz des § 427 gilt nicht, wenn Mehrere sich durch Vertrag berechtigen; in solchem Falle muß der Vertrag ergeben, daß jeder Gläubiger das Ganze oder alle nur gemeinschaftlich fordern sollen, sonst tritt die Regel des § 420 ein. Theilung tritt namentlich grundsätzlich ein, wenn Mehrere aus einseitigem Versprechen berechtigt sind. Vgl. §§ 659, 660 für die Auslobung. Theilung tritt ein, wenn der Theil einer theilbaren Forderung abgetreten, oder ein Theil einer theilbaren Schuld übernommen wird. Gemeinschaft und Miteigenthum allein begründen grundsätzlich nur Verpflichtung zum Antheil. BGB. § 755. Vgl. RG. 44 S. 211 (zu § 102 Preuß. Berggesetz. Keine solidarische Haftung der Miteigenthümer von Kuxen für Gewerkschaftsbeiträge). Bereicherung, Haben ohne Grund, wirkt aktiv und passiv grundsätzlich nur Theilforderung und Theilschuld nach Maßgabe des Aufgewendeten und Erhaltenen. l. 5 § 3 D. 44, 7. OHG. 24 S. 11 (cond. indebiti). StrA. 26 S. 193.

Nach BGB. § 835 Abs. 3 (§ 840 Abs. 1) sind für Wildschaden die mehreren nicht zu einem Verbande vereinigten jagdberechtigten Eigenthümer von Grundstücken nur nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Grundstücke ersatzpflichtig. Nach § 1011 kann jeder Miteigenthümer die Ansprüche aus dem Eigenthum (vindic., negatoria) Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend machen, den Anspruch auf Herausgabe nur gemäß § 432. Nach §§ 1105 ff. entspringen aus Reallasten persönliche und dingliche Ansprüche gegen den jedesmaligen Eigenthümer, bei Theilung des berechtigten Grundstücks und Theilbarkeit des Leistungsinhalts theilt sich die ursprünglich eine Obligation in mehrere Ansprüche nach dem Verhältniß der Größe der Theile, in die das Grundstück zerlegt ist. § 1109. Anders § 1108 Abs. 2 für die passive Seite. Die gesetzliche Unterhaltspflicht Mehrerer, §§ 1601 ff., begründet nach § 1606 keine solidarische Verbindlichkeit. Nach § 91 des Deutschen Gerichtskostengesetzes haftet die aus mehreren Personen bestehende Partei nach Kopftheilen, wenn die gerichtliche Entscheidung über die Kosten nicht anders bestimmt. Vgl. § 92 das. Preuß. Gerichtskostenges. v. 25. Juni 1895 § 2. CPO. § 100 Abs. 1.

5. Die Wirkung des Theilschuldverhältnisses ist, daß sich die formelle eine Obligation in mehrere Forderungen des einen Gläubigers gegen die mehreren Schuldner oder der mehreren Gläubiger gegen den einen Schuldner theilt. Die mehreren Forderungsrechte sind materiell selbständige in Bezug auf den Theil, den Jeder zu fordern hat oder Jeder schuldet, und von einander unabhängig. Die Theile sind gleich, falls nicht anderes bestimmt. Vgl. § 742. Da Jeder der Mehreren seinen Antheil zu fordern und Jeder der Mehreren nur seinen Antheil zu leisten hat, so bietet jeder Schuldner dem Gläubiger mit Wirkung an, wird nur von ihm in Verzug gesetzt und setzt ihn in Verzug. Jeder erhält durch Leistung nur seine Forderung und der Leistende tilgt nur seine Schuld. Jeder rechnet mit und auf seinen Antheil auf. Mahnung und Kündigung, Klage, Urtheil, Zeitablauf (Verjährung) wirken nur zwischen den Personen für ihre Antheile, ganz so wie wenn Forderung und Schuld nur zwischen zwei Personen bestehen. Nur stehen die mehreren Gläubiger oder Schuldner dadurch, daß

sie Theile einer und derselben Leistung zu fordern haben und schulden, in Streitgenossenschaft im Sinne des § 59 (61) der CPO. Die Natur von Forderung und Schuld wird dadurch aber nicht geändert. Hat von mehreren Gläubigern aus gegenseitigem Vertrage jeder einen Theil zu fordern, z. B. von mehreren Verkäufern jeder einen Theil des Kaufpreises, so kann er nach § 320 Abs. 1 Satz 2 diesen Theil doch nicht ohne die ganze Gegenleistung fordern, wenn der Schuldner nicht vorleisten muß, und nach § 356 kann das Mehreren oder gegen Mehrere zustehende vertragsmäßige Rücktrittsrecht nur von und gegen Alle ausgeübt werden.

III. Gesammtschuldner. §§ 421—427, 431.

6. Ein Gesammtschuldverhältniß liegt vor, wenn Mehrere dieselbe Leistung so schulden, daß Jeder sie ganz zu bewirken, der Gläubiger sie aber nur einmal zu fordern hat. Der Inhalt von Recht und Pflicht ist, daß der Gläubiger von jedem Schuldner nach seinem Belieben (nicht alternativ) das Ganze oder einen Theil fordern kann, bis er befriedigt ist, und daß jeder der mehreren Schuldner so lange Schuldner bleibt, bis das Ganze geleistet ist, mit der Leistung des Ganzen aber auch alle Schuldner befreit sind, § 421. Von selbst versteht sich solches, den Gläubiger durch die Sicherheit, die es ihm gewährt, begünstigendes Schuldverhältniß nicht. C. c. art. 1202. Nach § 427 BGB. entsteht es, wie nach ALR. I 5 § 424, HGB. I Art. 280, im Zweifel durch Vertrag, durch den sich Mehrere gemeinschaftlich zu einer theilbaren Leistung verpflichten, nach BGB. § 431 durch die Untheilbarkeit der Leistung, welche Mehrere schulden, und in einer Reihe von Fällen, in denen das Gesetz es ausdrücklich bestimmt.

Der Vertrag setzt nichts voraus, als daß sich Mehrere gemeinschaftlich verpflichten, d. h. nicht nothwendig zu gleicher Zeit und durch denselben Akt, sondern der Eine mit Rücksicht und im Hinblick auf die Mitverpflichtung des Anderen, wenn auch in besonderem Vertrage. Vgl. OHG. 18 S. 171, 173. RG. 51 S. 69. Das liegt namentlich vor, wenn eine bestehende Schuld nachträglich durch besonderen Vertrag zwischen Gläubiger oder Schuldner mit einem Dritten ohne Befreiung des Schuldners neben diesem übernommen wird, §§ 415, 416. Der Vertrag braucht die üblichen Ausdrücke „sammt und sonders", „Einer für Alle", „Alle für Einen", „zur ungetheilten Hand", „solidarisch", „korreal", SBGB. § 1021, ALR. I 5 § 424, Entw. I § 321 Abs. 2, nicht zu enthalten. Solche Ausdrücke schließen nur den Zweifel aus. Aber auch wenn Zweifel bestehen, tritt nach § 427 die Rechtsregel ein, daß Jeder der Mehreren, die sich in dem Vertrage gemeinschaftlich verpflichtet haben, solidarisch haftet. Die Parteien können es anders wollen; das muß aber ersichtlich sein, oder bewiesen werden. Im gemeinen Recht wurde für ausreichend erachtet, wenn der Wille solidarischer Verpflichtung auch nur stillschweigend erklärt war. RG. 15 S. 176. Nach BGB. § 427 genügt die Thatsache der gemeinschaftlichen Verpflichtung, um die Mehreren als Gesammtschuldner zu verpflichten. Verpflichten sich Mehrere nicht gemeinschaftlich, sondern getrennt im obigen Sinne zu derselben Leistung, so bleibt doch immer, daß in jedem Vertrage ein Jeder die ganze Leistung übernommen hat, und es wird Gesammtschuld begründet, wenn die Verträge nicht das Gegentheil ergeben, weil der Zweifel, den die gemeinschaftliche Uebernahme der Verpflichtung übrig lassen kann, fortfällt, wenn Jeder der Mehreren für seine Person selbständig sich zu der gleichen Leistung verpflichtet. Vgl. § 769 (mehrere Bürgen als Gesammtschuldner ohne gemeinschaftliche Uebernahme der Bürgschaft). Im Falle

der Versicherung desselben Schadens durch mehrere Versicherungsverträge (Doppelversicherung, ALR. II 8 §§ 2000 ff., HGB. II §§ 788—791, 895, 896) sollen, falls sie nicht wegen unerlaubter Absicht nichtig, nach § 54 des Entw. eines Ges. über den Versicherungsvertrag die mehreren Versicherer als Gesammtschuldner für den Betrag haften, für den Jeder nach seinem Vertrage haftet, aber nicht über den Schaden hinaus.

Der Vertrag muß formell und materiell verbindlich sein. Wenn A dem B und C auf deren Ersuchen ein Darlehn zugesagt und an sie gemeinschaftlich, oder an B in Gegenwart des C oder in dessen Auftrag oder mit dessen Willen, oder im Auftrage Beider an einen Dritten ausgezahlt hat, so sind B und C nach § 427 Gesammtschuldner, auch wenn sie dem A keinen Schuldschein ausgestellt haben, und weder in diesem noch im Falle der Ausstellung eines Schuldscheins kann B der Klage des A auf Rückzahlung gegenüber sich darauf berufen, daß er das Darlehn nicht erhalten habe, weil das Geld von C in Empfang genommen oder nur für ihn bestimmt und auch von ihm gebraucht sei. ObTr. 21 S. 421, 32 S. 349 (StrA. 19 S. 246). StrA. 80 S. 232. RG. 12 S. 224. OHG. 14 S. 32. Nicht anders ist es, wenn A und B gemeinschaftlich an C verkaufen, oder A an B und C, oder wenn A und B den C gemeinschaftlich beauftragen, l. 59 § 3 D. 13, 1, StrA. 5 S. 28, oder Mehrere dieselbe Sache zur Aufbewahrung übernehmen, oder entleihen, oder als Pfand nehmen. Möglich ist auch nach § 427, daß A an B und C theilbare Sachen so verkauft, daß Jeder einen Theil erhalten soll, für den Kaufpreis aber B und C als Gesammtschuldner haften. Dabei ist nicht erforderlich, daß der Leistungsinhalt für jeden der mehreren Verpflichteten derselbe. Die Gesammtschuld kann auf einen Theil beschränkt werden, für den einen bedingt oder betagt, für den andern unbedingt oder unbetagt sein. SBGB. § 1022. C. c. art. 1201. Entw. I § 322 Abs. 1 sagte es ausdrücklich.

Auf dem Vertrage beruht der Anspruch auf Rückerstattung dessen, was auf Grund des Vertrages an Mehrere geleistet ist, und dafür haften die Mehreren nach § 427 als Gesammtschuldner. So, wenn auf Grund eines Kaufvertrages an Mehrere als Gesammtgläubiger Kaufgeld gezahlt und das Kaufgeld ganz oder theilweise in Folge Redhibition oder quanti minoris oder Rücktritts oder sonstigen Fortfalls des Vertrages zurückzuleisten ist. StrA. 29 S. 262, wo A und B unter Vorbehalt schriftlichen Abschlusses an C verkauft, 500 Angeld erhalten, darüber quittirt hatten, das Geschäft nicht zu Stande kam, C von A 250 zurückerhalten hatte, auf den Rest gegen A und B klagte. B konnte nicht einwenden, daß er nichts erhalten habe. OHG. 24 S. 11, 12. Anders lag StrA. 26 S. 193, wo A an B und C verkauft, von B allein 500 Angeld erhalten hatte; hier war B berechtigt, allein zurückzufordern. Dagegen läßt sich nicht sagen, daß Zahlung, Leistung an Mehrere allein eine Gesammtschuld der Empfänger aus der Zahlung wie aus einem Vertrage oder aus dem Gesetz begründen, es müßte denn Verpflichtung aus unerlaubter Handlung oder Untheilbarkeit der Leistung, § 431, § 830, hinzutreten. §§ 812 ff. In dem obigen Falle StrA. 29 S. 262 liegt das Vertragsmoment auch für die Rückforderung in dem Vertrage, auf dem der Empfang beruht, und wenn von Mehreren als Liquidatoren einer Gesellschaft geleistet ist, OHG. 23 S. 143, oder sonst an mehrere Vertreter, so tritt nur Verpflichtung des Vertretenen oder Verpflichtung aus dem Empfange, dem Haben ohne Grund ein, die bei theilbarer Leistung getheilt ist.

Empfang eines indebitum durch Mehrere begründet allein für sich keine Gesammtschuld. § 814.

Was § 427 für den gemeinschaftlichen Vertrag bestimmt, kann nicht ohne Weiteres auf das einseitige gemeinschaftliche Versprechen Mehrerer, wie es in §§ 80, 81, 657, 793 BGB. für Stiftung, Auslobung, Schuldverschreibung auf den Inhaber zugelassen, vgl. oben S. 151 unter II, ausgedehnt werden. Hier hat die Auslegung freien Raum, und sie wird regelmäßig dahin führen, daß Jeder die ganze Leistung schulden, die Leistung nur einmal gefordert werden soll. Bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber ist die Verpflichtung nur so zu denken. Für die Haftung Mehrerer aus derselben Wechselschrift (mehrere Aussteller oder Akzeptanten, mehrere Aussteller desselben Indossaments) bestimmt Art. 81 WO. es ausdrücklich. Besonderer Natur ist die solidarische Haftung, die nach Art. 81 WO. aus demselben Wechsel für die Aussteller der verschiedenen Wechselschriften (Ausstellerunterschrift, Akzept, Indossament) entsteht. Vgl. OHG. 5 S. 363, 11 S. 92, 12 S. 248, 13 S. 270, 15 S. 179. RG. 51 S. 23, 69. Jeder haftet aus seiner Wechselschrift selbständig, und die Erfüllung durch den Einen ist nicht immer Erfüllung für die Anderen, tilgt nicht nothwendig das Recht aus dem Wechsel, insofern der den Wechsel vom Wechselinhaber einlösende Vormann das Recht aus dem Wechsel gegen seine Vormänner, sowie den Akzeptanten und den Aussteller des eigenen Wechsels behält. Grünhut, Wechselrecht 2 § 130. RG. 48 S. 152.

7. Gesammtschuldner sind die mehreren Schuldner ferner, wenn das Gesetz es bestimmt. Solche Bestimmung trifft das BGB. in § 42 Abs. 2 für die Vorstandsmitglieder eines rechtsfähigen Vereins, welche schuldhaft die Eröffnung des Konkurses bei Ueberschuldung zu beantragen unterlassen, in § 53 für die mehreren Liquidatoren des Vereins, die aus Verschulden den Gläubigern des Vereins für Schaden aus den dort bezeichneten Pflichtverletzungen haften, in § 54 für Mehrere aus Rechtsgeschäften, die sie Namens eines nicht rechtsfähigen Vereins mit einem Dritten abschließen. Ebenso haften nach HGB. § 200 Abs. 1 Satz 2, Ges. v. 20. April 1892 § 11 Abs. 2 Mehrere, die für eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft m. b. H. vor der Eintragung handeln, solidarisch. Nach § 419 haftet der Vermögensübernehmer neben dem Schuldner, ebenso nach § 2382 der Erbschaftskäufer neben dem Verkäufer, d. h. nach § 421, wenn auch beschränkt. Nach § 769 haften mehrere Bürgen für dieselbe Schuld als Gesammtschuldner ohne Unterschied, ob sie die Bürgschaft getrennt oder gemeinschaftlich übernommen. Mehrere, die für den Schaden aus unerlaubter Handlung oder auch ohne Verschulden aus derselben Thatsache, oder aus außerkontraktlichem Verschulden (wie z. B. der Prinzipal neben dem Prokuristen, RG. 30 S. 44, 49) neben einander verantwortlich sind, §§ 830, 831, 832, 833—838, 839, haften nach §§ 840, 841 als Gesammtschuldner. Ausnahme in § 835 Abs. 3.

Bei Theilung des mit einer Reallast belasteten Grundstücks haften die Eigenthümer, soweit sie persönlich haften, als Gesammtschuldner, § 1108 Abs. 2, nicht anders die gemeinschaftlichen Eigenthümer des einen mit der Reallast beschwerten Grundstücks. Vgl. ObTr. 72 S. 225 zu §§ 1105 ff. Nach § 1388 ist der Ehemann in den Fällen, in denen er eine Verbindlichkeit der Ehefrau dieser gegenüber zu tragen hat, Gesammtschuldner des Gläubigers, ebenso im § 1459 Abs. 2 bei Gesammtgutsverbindlichkeiten der Frau, ebenso jeder Ehegatte im Falle des § 1480, § 1530. Für Schaden aus schuldhafter Pflichtverletzung haften dem Mündel Vor=

mund und Gegenvormund und mehrere Vormünder und Gegenvormünder als Gesammtschuldner, § 1833, ebenso nach § 2219 mehrere Testamentsvollstrecker dem Erben und dem Vermächtnißnehmer.

Nach § 2058 haften mehrere Erben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten, § 1967 Abs. 1, 2, als Gesammtschuldner persönlich mit den sich aus §§ 2059 ff. ergebenden und dort zu erörternden Modifikationen.

Nach § 81 Abs. 4 des Zwangsv.Ges. haften als Gesammtschuldner der Meistbietende und derjenige, dem der Zuschlag ertheilt ist, weil ihm das Recht aus dem Meistgebot abgetreten und die Verpflichtung aus dem Meistgebot von ihm übernommen ist oder weil das Meistgebot im eigenen Namen, aber für ihn abgegeben ist.

Nach § 128 HGB. II haften die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich als Gesammtschuldner, aber nach §§ 124, 129 HGB. kann das Gesellschaftsvermögen nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels gegen die Gesellschaft in Anspruch genommen werden, auf Grund eines solchen Titels nie der Gesellschafter für seine Person.

Die Gesellschafter der Gesellschaft des BGB. §§ 705 ff. haften für gemeinschaftliche Schulden als Gesammtschuldner unter den Voraussetzungen, unter denen Mehrere überhaupt als solche haften, nach § 736 CPO. ist für Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein vollstreckbarer Titel gegen alle Gesellschafter erforderlich. Gemeinschaft und Miteigenthum begründen allein keine Gesammtschuld. §§ 755, 1010 Abs. 2.

Ueber Gesammtschuld bei Genossenschaften vgl. § 116 des Genoss.Ges. vom 1. Mai 1889.

Nach § 149 des Preuß. Berggeś. (Fassung des Ges. v. 7. Juli 1902, GS. S. 255) haften für den Schaden, der durch den Betrieb mehrerer Bergwerke verursacht ist, die Besitzer der Bergwerke als Gesammtschuldner, unter sich zu gleichen Theilen, vorbehaltlich des Nachweises eines anderen Verhältnisses. Vgl. zu §§ 830 ff., 840. (Mehrere Thierhalter, mehrere Besitzer.)

8. Nach § 2148 (2192) gelten mehrere Erben oder Vermächtnißnehmer, die mit einem Vermächtniß oder einer Auflage beschwert sind, im Zweifel als nach dem Verhältniß der Erbtheile bez. des Werths der Vermächtnisse beschwert. Danach kann der Erblasser aber auch bestimmen, daß sie als Gesammtschuldner zu haften haben.

9. Nach dem Preuß. Gerichtskostengesetz v. 25. Juni 1895 § 2 haften mehrere Kostenschuldner als Gesammtschuldner, wenn sie mehrere Parteien darstellen, die Mehreren derselben Partei nach Kopftheilen. Nach § 3 der Gebühren-O. für Rechtsanwälte (RGBl. 1898 S. 692) haftet, wenn Mehrere dem Rechtsanwalt die Ausführung eines Auftrages durch dieselbe Thätigkeit aufgetragen haben, Jeder aus dem Auftrag für den Betrag an Gebühren und Auslagen, welcher bei abgesonderter Ausführung erwachsen sein würde, und die Mithaftung der Anderen kann dem Rechtsanwalt gegenüber nicht geltend gemacht werden. Vgl. § 2 das.

10. Nach § 431 haften wie nach SBGB. § 1037 Mehrere, die eine untheilbare Leistung schulden, als Gesammtschuldner. Anders § 432 für den Fall, daß Mehrere eine untheilbare Leistung zu fordern haben. Untheilbar ist die natürlich und die rechtlich untheilbare Leistung in dem oben unter 4 erörterten Sinne, und

Untheilbarkeit kann auch durch den Willen der Parteien begründet, aus der Zweckbestimmung entnommen werden. Untheilbare Leistung soll und kann nur einmal und als Ganzes geleistet werden, kann nicht theilweise erfüllt oder in mehrere Theilleistungen zerlegt werden, die jede für sich geschuldet werden. So ein Darlehn, das Mehrere oder Mehreren versprochen, die Rückgabe einer Mehreren in Verwahrung gegebenen oder geliehenen Sache, die Ausführung eines von Mehreren übernommenen Auftrags, ein Inventar, ein Gespann, das Mehrere verkauft haben, die Uebernahme eines Baues oder einer Reparatur durch Mehrere, der Verkauf eines Bauplatzes für einen Neubau durch Mehrere, überhaupt die Uebernahme der Leistung einer beweglichen species oder eines Grundstücks durch Mehrere. Vgl. RG. 40 S. 243 unter 16 und zu § 432. Mehrere, die ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück erwerben, haften dinglich als Gesammtschuldner, weil die Zahlung aus dem Grundstück eine untheilbare Leistung, nur durch das ganze Grundstück zu leisten ist, § 1113, CPO. § 864 Abs. 2, persönlich als Gesammtschuldner, wenn sie die Hypothek nach § 416 übernommen haben und der Gläubiger genehmigt hat. Ebenso sind Gesammtschuldner Mehrere, gegen welche ein und dieselbe Grundgerechtigkeit geht. Vgl. StrA. 52 S. 208 zu §§ 1018 ff.

Nach Entw. I § 341 sollte, falls an Stelle der untheilbaren Leistung der Anspruch auf eine theilbare Leistung, insbesondere auf Schadens- oder Werthersatz, tritt, Forderung und Schuld sich in solche auf eine theilbare Leistung verwandeln, d. h. § 420 als Regel eintreten. Im gem. Recht wurde darüber gestritten. W. 2 § 299 zu Anm. 7. Vgl. SBGB. § 1038. Der § 341 Entw. I ist im Entw. II absichtlich gestrichen. Es ist auch nicht abzusehen, weshalb das Recht des Gläubigers dadurch gemindert werden soll, daß seine Gesammtschuldner die Leistung unmöglich machen. D. BR. 2 § 160 zu Anm. 7. Schollmeyer zu § 431 Anm. 2. Crome, System 2 § 209 zu Anm. 5.

11. Besonderer Natur erscheinen die Fälle des § 255, — vgl. oben S. 65 unter 52, § 61 des Entw. eines Ges. über den Versicherungsvertrag, — wo durch dieselbe Thatsache der Beschädigung, des Verlustes, der Entwendung für den Betroffenen gegen mehrere Personen Ansprüche auf gleichartige oder ungleichartige Leistungen aus verschiedenen Rechtsgründen entstehen. Der Eigenthümer einer gegen Feuersgefahr oder Diebstahl versicherten Sache hat aus dem Versicherungsvertrage Anspruch auf Ersatz des Schadens gegen den Versicherer, und aus der unerlaubten Handlung gegen den Brandstifter und Dieb. Ebenso kann, wer eine Sache in Verwahrung giebt oder verleiht oder verpfändet oder vermiethet, aus Beschädigung oder Verlust der Sache einen Anspruch aus dem Vertrage und zugleich aus der unerlaubten Handlung gegen einen Dritten haben, der die Sache beschädigt oder entwendet hat. Ebenso kann die Sache beim receptum liegen, der Gast gegen den Wirth und gegen den einen Anspruch haben, der die Sache beschädigt oder entwendet hat, §§ 701 ff. Es wird in diesen Fällen von unechter Solidarobligation gesprochen. Vgl. Dernburg, BR. 2 § 160 zu Anm. 6. Crome, System 2 § 206 unter 3. Schollmeyer, Kommentar zu § 426 unter 2.

Daß der Anspruch gegen Mehrere aus verschiedenen Rechtsgründen besteht, würde an sich der Annahme einer Gesammtschuld im Sinne des § 421 nicht entgegenstehen, und auch die Ausgleichungspflicht unter den Mehreren ist nach § 426 keine nothwendige Eigenschaft des Gesammtschuldverhältnisses. Von Anwendung des

§ 420 kann nicht die Rede sein. Aber es läßt sich in diesen Fällen auch nicht einmal sagen, daß die mehreren Schuldner für das Ganze mit der Maßgabe haften, daß was der Eine zur Erfüllung der Verbindlichkeit leistet, auch dem Andern zu statten kommt, § 422 Abs. 1 Satz 1. Der Dieb, der Brandstifter wird durch Zahlung der Versicherungssumme an den Eigenthümer nicht befreit, § 255. Wer Schadensersatz in Geld zu leisten hat, kann sich nicht darauf berufen, daß ein Anderer dem Beschädigten den Schaden durch Schenkung oder aus verpflichtender causa ersetzt hat. Vgl. oben S. 262 unter c. Von einem Regreß, von einer Ausgleichung ist nicht zu reden, § 426. Können aber auch die §§ 422, 423, 424 keine Anwendung finden, so läßt sich auch nicht von Mehrheit von Schuldnern im Sinne der §§ 420 ff. BGB. reden. Davon kann geredet werden, wenn A, durch Betrug des C in Irrthum versetzt, von B kauft und den Kaufpreis an B zahlt, den Kaufpreis von B aus dem Vertrage zurückfordert, den er ohne den Betrug nicht geschlossen haben würde, von C aus dem Betruge. StrA. 78 S. 13, RE. 1 Nr. 123 Erk. b. In diesem Falle wird B durch Zahlung des C und C durch Zahlung des B befreit, wie in den Fällen der §§ 840, 841 (§§ 831, 832, 833—838), wo von Anwendung des § 255 nicht zu reden ist.

12. Wirkung der Gesammtschuld. Sie ergiebt sich aus ihrem Inhalt. § 421. Der Gläubiger hat eine Forderung, aber mehrere Schuldner; jeder Schuldner schuldet die ganze Leistung; der Gläubiger kann sie von Jedem ganz oder zum Theil fordern; Jeder bleibt Schuldner, bis die ganze Leistung erfolgt ist. Der Gläubiger kann aber nicht mehr als die ganze Leistung einmal fordern.

Daraus, daß der Gläubiger nur eine Forderung, nur einmal zu fordern hat, folgt nach § 422 wie nach bisherigem Recht, l. 3 § 1 D. 45, 2; ALR. I 5 §§ 435, 436, SBGB. § 1026, C. c. art. 1200, RG. 7 S. 185, 36 S. 276, daß jeder Erfüllungsmodus durch einen Schuldner, der den Gläubiger befriedigt und die Forderung tilgt, ganz oder theilweise, für die anderen Schuldner wirkt, sie ganz oder theilweise befreit. Wird nach theilweiser Tilgung über das Vermögen des Schuldners, der erfüllt hat, oder das eines anderen Schuldners der Konkurs eröffnet, so kann der Gläubiger nur noch den ungetilgten Rest anmelden und Befriedigung dafür fordern. Anders im Falle der Eröffnung des Konkurses über den einen oder den anderen Schuldner oder alle Schuldner vor jeder Befriedigung. KonkO. § 68.

Erfüllung ist Leistung, durch den Schuldner oder einen Dritten, wenn nicht die Leistung durch den Dritten die Forderung ungetilgt läßt, sondern auf den Dritten überträgt. §§ 267, 268, 1142, 1143. Der Erfüllung stehen die Leistungen an Erfüllungsstatt im Sinne des § 364 nach § 422 gleich, weil durch sie das Schuldverhältniß erlischt. Vgl. zu § 130 Preuß. Berggeſ. RG. 51 S. 73 (Befriedigung der Gewerkschaft durch Ueberlassung der Kuxe zur Befriedigung in der Exekution). Ferner die durch einen der Schuldner mit dem Gläubiger gesetzlich oder vertragsmäßig vollzogene Aufrechnung, § 421, da sie nach § 389 das Erlöschen der beiden Forderungen bewirkt. Vgl. RG. 29 S. 281. Die Wirkung der vertragsmäßigen Aufrechnung für die anderer Schuldner kann dadurch nicht etwa beseitigt werden, daß der Gläubiger in dem Vertrage sich die Forderung gegen sie vorbehält. Von selbst würde sich nach § 387 verstehen, was § 422 Abs. 2 ausdrücklich für alle correi, auch die correi socii, l. 10 D. 45, 2, sagt, daß jeder Schuldner nur mit seiner Forderung gegen den Gläubiger aufrechnen kann, nicht mit der eines der anderen Schuldner, die ihm nicht zusteht. ALR. I 16 § 306. C. c. art. 1294 Abs. 3.

Nach § 422 wirkt ferner der Erfüllung gleich auch die Hinterlegung durch einen der mehreren Schuldner für alle, ohne Unterschied, ob sie mit oder ohne Ausschließung der Rücknahme erfolgt. §§ 378, 379. Der § 422 scheidet nicht, und mit Recht, weil die Hinterlegung den Gläubiger nach § 376 Abs. 2 Nr. 2 sofort in die Lage versetzt, sich durch Annahme zu befriedigen. Hinterlegung durch Dritte wirkt natürlich auch hier nicht, wo sie nicht tilgt, sondern dem Dritten die Forderung erwirbt. §§ 268, 1142, 1143.

Erlaß, § 397, vgl. oben S. 367 ff., kann liberale Zuwendung an den Schuldner sein, aber auch gegen Entgelt erfolgen; bei ersterem Falle wird präsumtiv nur Befreiung des einzelnen Schuldners gewollt sein, mit dem der Erlaßvertrag geschlossen; in letzterem Falle wird eher das Gegentheil anzunehmen sein. Möglich bleibt, daß der Gläubiger allen Schuldnern ohne Entgelt hat erlassen wollen. Deshalb läßt § 423 wie ALR. I 5 § 437, SBGB. § 1030, C. c. art. 1282—1284, den Erlaß für alle Schuldner, in rem, nur wirken, wenn dies gewollt ist; regelmäßig wirkt der Erlaß nur in personam. Danach wird alles auf die Prüfung der konkreten Sachlage und die Erforschung der Willensmeinung der Parteien ankommen. Unbeschränkte Quittung und besonders Rückgabe der Schuldurkunde können dafür von Erheblichkeit sein.

13. Da der Gläubiger von jedem Schuldner die Leistung ganz fordern kann, jeder Schuldner ganz leisten muß und darf, kann jeder Schuldner dem Gläubiger die Leistung anbieten und der Gläubiger geräth nach § 293 in Verzug, wenn er die Leistung nicht annimmt, obgleich der Schuldner leisten will, kann und darf. Vgl. oben S. 135 ff. Die Wirkung ist nach §§ 300—304, daß der Schuldner zwar nicht befreit wird, die Schuld aber auch nicht zu seinem Nachtheil als nicht getilgt gilt. Diese Wirkung muß allen Schuldnern zu gute kommen, wenn der Gläubiger auch nur einem gegenüber im Verzuge ist. § 424. Ist der Gläubiger auch nur Einem gegenüber im Annahmeverzug, so liegt es an ihm, daß er nicht befriedigt ist und alle Schuldner befreit sind; darauf müssen sich alle Schuldner berufen können, wie auf die erfolgte Befriedigung, auch wenn der Gläubiger ihnen gegenüber nicht im Annahmeverzug ist. Entw. I § 326 Abs. 2 nahm inkonsequent das Gegentheil an. Vgl. ALR. I 5 § 435. Für die Voraussetzungen, unter denen der Gläubiger in Verzug geräth, gilt nichts Besonderes. Der Verzug hört auf, wenn der Gläubiger den in Leistungsverzug setzt, der ihn in Annahmeverzug gesetzt hat. Der Schuldner, der sich auf Annahmeverzug des Gläubigers beruft, hat zu beweisen, daß er selbst den Gläubiger gemäß §§ 294 ff. in Verzug gesetzt hat, oder daß dies Seitens eines Mitschuldners geschehe. Ist er selbst in Leistungsverzug versetzt, was möglich, da er selbständig Schuldner, so kann er sich darauf, daß der Gläubiger einem anderen Schuldner gegenüber im Annahmeverzug, nicht berufen. Das besagt § 424 nicht, daß der Gläubiger auch dem Schuldner gegenüber im Annahmeverzug ist, der ihn nicht in Verzug gesetzt hat, sondern nur, daß jeder Schuldner sich darauf berufen kann, daß der Gläubiger Einem gegenüber im Annahmeverzug ist; die Wirkung des eigenen Verzugs, §§ 284 ff., § 425 Abs. 2, wird dadurch nicht beseitigt.

14. Wie nach § 422 die Erfüllung und was ihr gleich steht für alle Schuldner wirkt, weil die Schuld dadurch objektiv beseitigt wird, wie nach § 423 durch den Willen von Gläubiger und einem Schuldner die Schuld für alle durch Erlaß auf-

gehoben werden kann, so werden alle Schuldner auch durch andere rechtliche Thatsachen befreit, die nach dem Gesetz die Schuld objektiv beseitigen oder nach dem Willen des Gläubigers und des einen Schuldners für alle wirken sollen. Nach § 275 wird der Schuldner frei, wenn die Leistung nachträglich durch einen Umstand unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Es versteht sich von selbst und brauchte nicht besonders gesagt zu werden, Entw. I §§ 334, 335, SBGB. § 1031, daß Unmöglichkeit und Unvermögen der Leistung, die von keinem der mehreren Schuldner zu vertreten ist, die Schuld für alle aufhebt, die nur von Einem zu vertretenden Unmöglichkeit für die anderen als nicht zu vertretende Unmöglichkeit befreiend wirkt, das nicht zu vertretende Unvermögen zur Leistung, § 275 Abs. 2, für den Einen nicht die anderen befreit, § 425.

Wird die Leistung durch Verschulden Aller unmöglich, so bleibt die Haftung Aller für den Ersatz; wird die Leistung durch das Verschulden des Einen unmöglich, so bleibt die Haftung des Einen für den Ersatz. § 425 Abs. 2; l. 10, l. 1 § 43 D. 16, 3; l. 4 § 15 D. 13, 6.

Ebenso kann durch Vergleich zwischen dem Gläubiger und einem Schuldner, § 779, durch umschaffenden Vertrag (Novation), § 607 Abs. 2, durch Schuldübernahme Seitens eines der Schuldner oder Seitens eines Dritten, §§ 414 ff., die Schuld für alle bez. die anderen Schuldner aufgehoben werden. Für den Zwangsvergleich im Konkurse bestimmt § 193 KonkO., daß die Rechte des Gläubigers gegen Mitschuldner wie gegen Bürgen des Gemeinschuldners nicht berührt werden. Sonst wird die Frage, wie der Vertrag, die Schuldübernahme, der Vergleich wirkt, nur aus der gesammten Sachlage und dem Inhalt der Abreden zu entnehmen sein. ALR. I 5 § 437. SBGB. § 1028.

15. Daraus, daß jeder der mehreren Schuldner die ganze Leistung schuldet, wie wenn er der einzige Schuldner wäre, der Gläubiger für dieselbe Leistung mehrere Schuldner hat, insofern also mehrere Schuldverhältnisse bestehen, § 241, vgl. oben S. 384 unter II RG. 32 S. 314 (Abtretung der Forderung gegen einen Gesammtschuldner), folgt zunächst, was § 421 ausdrücklich sagt, daß der Gläubiger jeden Schuldner auf die ganze Leistung oder einen Theil derselben, alle zu gleicher Zeit, oder nach einander in Anspruch nehmen kann, bis er ganz befriedigt ist. Daraus folgt, daß kein Schuldner sich darauf berufen kann, er habe Mitschuldner, der andere sei bereits belangt (Rechtshängigkeit), oder rechtskräftig verurtheilt. Die exc. excussionis und divisionis ist beseitigt. Ist einer der Schuldner oder sind mehrere oder alle in Konkurs verfallen, so meldet der Gläubiger seine volle Forderung nach dem Bestande zur Zeit der Konkurseröffnung in jedem Konkurse an und wird in jedem Konkurse ohne Rücksicht auf spätere Zahlungen antheilig nach diesem Bestande befriedigt, bis er ganz befriedigt ist. § 68 KonkO. Wenn A Gläubiger des B und C, B in Konkurs verfällt und mit 10 Prozent akkordirt, C demnächst 25 Prozent zahlt, hat B die Akkordsumme von der ganzen Forderung (100 Prozent), nicht bloß von 75 Prozent zu zahlen, weil A selbst dadurch noch nicht einmal die ganze Forderung erhält. ObTr. 43 S. 447. RG. 7 S. 81, 8 S. 290, 9 S. 26. Die mehreren Schuldner sind Streitgenossen im Sinne §§ 59, 61, 69 CPO., aber nicht nothwendige Streitgenossen im Sinne § 62 CPO. Selbst das den Kläger gegen den einen Schuldner rechtskräftig abweisende Urtheil kommt dem anderen Schuldner nicht zu statten,

§ 425, ALR. I 5 § 437, SBGB. § 1032, weil es möglich ist, daß die Schuld für den Einen gültig entstanden oder aufgehoben ist, für den Anderen nicht. CPO. § 325. RG. 39 S. 367. Darum kann der Kläger, der gegen die mehreren Schuldner in einer gemeinschaftlichen Klage, CPO. §§ 59, 60, geklagt hat, nicht gegen alle abgewiesen werden, wenn einer oder mehrere nicht verhandeln, andere bestreiten und auf deren Bestreiten die Klage sich als unbegründet erweist, vielmehr ist gegen die, die nicht verhandeln, das Versäumnißurtheil zu erlassen. CPO. §§ 330 ff. Vgl. ObTr. 49 S. 56 (StrA. 51 S. 12) für früheres Recht. Und wenn von zwei durch dasselbe Urtheil verurtheilten Gesammtschuldner der eine Berufung einlegt, der andere nicht, wird das Urtheil gegen diesen rechtskräftig und definitiv vollstreckbar.

16. Der Bürge beruft sich darauf, daß die Hauptschuld nicht entstanden, § 768. Vgl. OHG. 50 S. 47 (gem. R.). Aber der Gesammtschuldner kann sich nicht darauf berufen, daß seine Schuld nicht entstanden, weil eine Schuld für den anderen Schuldner nicht entstanden, wenn die Sache nicht so liegt, daß die Schuld nur für alle, oder gar nicht entstehen konnte oder sollte. Entw. I § 322 Abs. 2 sagte, übereinstimmend mit SBGB. § 1022, ALR. I 5 § 446, ausdrücklich, die Berechtigung des einen Gesammtgläubigers und die Verpflichtung des einen Gesammtschuldners werde dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Berechtigung der übrigen Gesammtgläubiger oder die Verpflichtung der übrigen Gesammtschuldner nicht zur Entstehung gelangt ist. Das ist als überflüssig gestrichen, weil es aus der Natur der Gesammtschuld sich von selbst ergiebt. Auch für das BGB. gilt der Satz des C. c. art. 1208, daß dem einzelnen Schuldner nur die Einreden zustehen, die ihm aus der Natur des Schuldverhältnisses wie allen Schuldnern zustehen, die den objektiven Bestand, Entstehung, Aufhebung betreffen, oder ihm persönlich gegen den Gläubiger erwachsen sind, nicht aber Einreden aus der Person des anderen Schuldners, noch weniger aus dem Verhältniß der mehreren Schuldner unter einander. Sollte Gesammtschuld begründet werden, so hat die Unwirksamkeit der Verpflichtung für einen Schuldner wegen Minderjährigkeit, Irrthums, Täuschung, Drohung, die Ungültigkeit der Verpflichtung des anderen grundsätzlich nicht zur Folge, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältniß ein Anderes ergiebt, § 425, namentlich sich nicht etwa der Eine nur unter der Bedingung der Verpflichtung des Anderen verpflichtet hat.

Wenn A an B und C gemeinschaftlich verkauft für einheitlichen Kaufpreis, schuldet Jeder den Kaufpreis und die Abnahme der Sache, und B kann nicht exzipiren, daß er nicht verpflichtet, weil C nicht verhaftet, weil er minderjährig oder aus anderem Grunde keine Verpflichtung für ihn entstanden. ObTr. 41 S. 43, StrA. 38 S. 51. Wenn A für sich und im Namen des B dem C Auftrag gegen Provision giebt, die Provision verdient ist, kann A der Klage auf die Provision nicht entgegensetzen, daß er nicht verpflichtet, weil B nicht verpflichtet, weil er den Auftrag nicht ertheilt oder anders ertheilt, oder nur unter nicht eingetretener Bedingung. RG. 32 S. 331. BGB. § 179. Unrichtig war auch nach ALR. StrA. 40 S. 352, wo A für sich und Namens des B dem C einen Revers ausgestellt hatte, durch den A und B dem C gegenüber die Bürgschaft für einen dem D zu eröffnenden Wechselkredit übernahmen, C dem D Kredit durch Diskontiren von Wechseln gegeben hatte, und gegen A allein auf Erstattung des Betrages von D nicht eingelöster Wechsel klagte, nachdem sich herausgestellt, daß B dem A keine Vollmacht gegeben. Das ObTr.

wies hier ab, weil überhaupt keine gültige Verpflichtung zu Stande gekommen, was auch nach LR. nicht zu rechtfertigen. Von Anfang an entsteht für alle Schuldner keine Verbindlichkeit, z. B. wegen ursprünglicher Unmöglichkeit der Leistung. § 306. Aber die Ersatzpflicht aus § 307 trifft nur den Schuldner, der die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte. § 425.

Aus dem Schuldverhältniß kann sich ergeben, daß mit dem Fortfall der Verpflichtung des einen Schuldners die der anderen fortfällt, weil nur die Verpflichtung aller gewollt oder die Verpflichtung des einen ohne die des anderen nicht bestehen kann. Das ist schon in dem erwähnten ObTr. 41 S. 45 nach ALR. für den Fall ausgesprochen, wo A und B an C ein Grundstück verkaufen, A nicht verpflichtet, weil er minderjährig. Hier kann B allein das ganze Grundstück nicht gewähren, sein ideeller Antheil ist nicht Gegenstand des Geschäfts, selbst wenn C sich damit begnügen wollte, C kann deshalb Erfüllung auch von B nicht fordern. Ebenso StrA. 96 S. 252 und RG. 39 S. 221 für ganz gleiche Fälle. Vgl. den Fall RG. 40 S. 243 zu § 432.

17. Daraus, daß jeder Schuldner selbständig Schuldner ist, folgt weiter, daß rechtliche Thatsachen, die in der Person des einen Schuldners eintreten, ohne die Schuld objektiv durch Befriedigung des Gläubigers zu beseitigen, nur in personam des einzelnen Schuldners wirken. § 425 Abs. 1. In ALR. I 5 § 438 war dies dahin formulirt, daß die Handlung eines Verpflichteten die Rechte der übrigen nicht schmälern, d. h. das Schuldverhältniß nicht zu ihrem Nachtheile ändern könne. Gleichzeitig bestimmte § 440 das., daß Klage des Berechtigten gegen einen das Recht zur Klage gegen alle Schuldner erhalte, und §§ 441, 442 das., daß Prolongation der Erfüllungszeit auf Ersuchen des einen Schuldners allen zu statten komme, bloße Nachsicht aber die anderen nicht berechtige.

Weiter geht und konsequenter ist § 425 Abs. 2. Danach wirkt a. Kündigung an einen Schuldner nur diesem gegenüber, ebenso wie Kündigung durch ihn nur für ihn. Dasselbe gilt von der Mahnung und dem Verzuge, §§ 284 ff. Der Natur der Gesammtschuld steht nicht entgegen, daß sie gegen den einen Schuldner anders fällig wird, als gegen den anderen, daß der eine im Leistungsverzug, der andere nicht, und daß durch den Verzug des einen die Schuld eine Aenderung oder Erweiterung erhält, ohne solche zugleich für die anderen Schuldner zu erfahren, §§ 286 ff., daß also z. B. der eine in Verzug gesetzte Schuldner für den Schaden haftet, der dem Gläubiger in der Zeit bis zur rechtzeitigen Leistung durch einen anderen Schuldner entstanden, und Verzugszinsen zahlt, der andere nicht, oder daß der eine Schuldner wegen Verzugs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet, der andere befreit ist. Nur das ist auch hier ausgeschlossen, daß der Gläubiger von dem einen Schuldner die Leistung, von dem anderen zugleich das volle Interesse wegen Nichtleistung erhält, §§ 421, 422.

b. Verschulden (§§ 276 ff.) des einen Schuldners kann das Schuldverhältniß nicht zum Nachtheil des anderen ändern, erweitern, umgestalten, einen Schadensersatzanspruch begründen, wenn nicht aus dem Schuldverhältniß folgt, daß der eine Schuldner für den anderen haftet, ausdrücklich oder stillschweigend für ihn garantirt hat. So lag der Fall RG. 22 S. 315, der nach ALR. beurtheilt und entschieden ist, nach BGB. sich nicht anders gestaltet. A hatte dem B und C (Rechtsanwälten) Prozeß-

vollmacht zur Klage gegeben. Die Klage wurde durch Verschulden des B so verspätet erhoben, daß der Anspruch inzwischen verjährt war und die Klage deshalb abgewiesen wurde. A forderte gegen beide Anwälte die Erstattung der Prozeßkosten und drang damit durch. Aus § 84 CPO. und der Ertheilung des Auftrags an Beide und der Uebernahme durch Beide folgt nicht bloß, daß wenn der Eine die Ausführung dem Anderen überließ, er aus § 278 haftet, sondern Gesammtschuldner aus gemeinschaftlich geschlossenem Vertrage haften als Gesammtschuldner überhaupt für die Erfüllung wie für das an ihre Stelle tretende Interesse wegen Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung als Gesammtschuldner. Vgl. ALR. I 13 §§ 201, 205.

Alles das gilt auch bei gemeinschaftlich übernommener Werkausführung, aber auch dann, wenn A und B im Kaufvertrag mit C eine Konventionalstrafe für den Fall nicht pünktlicher Zahlung des Kaufpreises versprechen, die Strafe verfällt, weil B seinen Antheil nicht zahlt. StrA. 91 S. 193, unter 19.

c. Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesammtschuldners, d. h. nicht objektive Unmöglichkeit, sondern subjektive, das Unvermögen im Sinne des § 275 Abs. 2, läßt die Verpflichtung des anderen Gesammtschuldners der Natur der Sache nach unberührt, da die Leistung für ihn möglich bleibt.

d. Verjährung, Unterbrechung, Hemmung, §§ 202 ff., 208 ff. Der § 425 Abs. 2 zieht hier aus der Natur der Gesammtschuld, abweichend vom ALR. und C. c. und zum Theil auch vom gem. R., l. 4 (5) C. 8, 39 (40), aber übereinstimmend mit SBGB. § 1034, die Folgerung, daß der Gläubiger sich die noch nicht verjährte Forderung durch Klage und die ihr gleichgestellten Mittel nur gegen den Schuldner erhält, gegen den er sie richtet, Unterbrechung der Verjährung nur gegen den Schuldner eintritt, in Bezug auf den sie erfolgt ist. Vgl. Art. 80 WO. (alte Fassung). EG. z. HGB. II Art. 8. Ebenso kann der Gläubiger sich auf Hemmungsgründe der Verjährung nur gegenüber dem Schuldner berufen, in Bezug auf den sie vorliegen. Die vollendete Verjährung wirkt andrerseits die Einrede aus § 222 nur für den Schuldner, für den sie eingetreten ist; daß sie für einen anderen Schuldner nicht eingetreten, bleibt möglich, da der Beginn und der Betrag der Frist verschieden sein kann wie der Rechtsgrund, die Fälligkeit, die actio nata in Folge Bedingung und Befristung.

e. Die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person wirkt aufhebend, weil das Bestehen von Schuld und Forderung in derselben Person rechtlich unmöglich ist. Vgl. oben S. 265 unter 2. Das fällt fort, wenn das Recht des Gläubigers auf einen der mehreren Gesammtschuldner übergeht, oder die Verpflichtung des einen von mehreren Gesammtschuldnern auf den Gläubiger, sei es durch Erbgang oder Singularsuccession, Cession, Schuldübernahme, Vermögensübernahme. Denn neben dem beseitigten Schuldner bleiben andere Schuldner, und befriedigt wird der Gläubiger durch die Vereinigung allein nicht oder doch nicht nothwendig. Alle Rechte lassen deshalb die Vereinigung von Forderung und Schuld bei Gesammtschuld nicht in rem, sondern nur in personam wirken. § 425 Abs. 2. ALR. I 16 §§ 492 ff. SBGB. § 1033. C. c. art. 1209, 1301. l. 71 pr. D. 46, 1. Nur eine Person wird aus dem Gesammtschuldverhältniß entfernt. Beerbt ein Gesammtschuldner den Anderen, so bleibt er natürlich als Gesammtschuldner unbeschränkt verhaftet, auch wenn er als Erbe beschränkt haftet.

Das Verhältniß der Gesammtschuldner untereinander wird

durch die Vereinigung nicht berührt. ALR. I 16 § 494 sagt ausdrücklich, daß der Mitschuldner, auf den das Recht des Gläubigers übergegangen, sich den Antheil anrechnen lassen muß, zu dem er seinen Mitschuldnern verpflichtet. C. c. art. 1301. Für das BGB. gilt dasselbe. § 426.

f. Daß rechtskräftiges Urtheil nur in personam wirkt, folgt aus § 325 CPO. und dem selbständigen Nebeneinanderbestehen der mehreren Schuldverhältnisse, in denen die verschiedenen Schuldner zum Gläubiger stehen. Vgl. oben unter 15. Nicht ausgeschlossen ist die Vereinbarung mit dem Gläubiger, daß das Judikat gegen einen Gesammtschuldner für alle entscheiden soll.

18. Regreß. Ausgleichung unter den Gesammtschuldnern, § 426. l. 65 D. 21, 2. ALR. I 5 §§ 443 ff.; 6 § 34; 16 §§ 393, 394. SBGB. § 1036. C. c. art. 1213. Der § 426 BGB. stellt, abweichend vom röm. und gem. R. und dem SBGB., aber übereinstimmend mit dem ALR. und dem C. c. als Regel auf, daß die Gesammtschuldner unter einander zu gleichen Antheilen verpflichtet sind. Für Mitbürgen sagt § 774 Abs. 2 noch ausdrücklich, daß sie einander nur nach § 426 haften. Diese Verpflichtung entsteht und besteht aus der Gesammtschuld für jeden gegen den anderen, kann durch Pfand, Bürgschaft und Arrest nach § 916 Abs. 2 CPO. gesichert werden, und begründet für Jeden gegen den Anderen einen Anspruch auf Erfüllung durch Leistung an den Gläubiger, sobald der Gläubiger den Einzelnen auf das Ganze oder einen Theil, OHG. 24 S. 99, in Anspruch nimmt, ohne seinen Anspruch selbst auf den Antheil des Einzelnen zu beschränken, aber auch schon vorher, sobald die Gesammtschuld fällig geworden ist, und kann folgerecht auch einen Anspruch auf das Interesse wegen Nichterfüllung oder Verzugs begründen. Diesen Anspruch kann weder der Gläubiger noch der verpflichtete Schuldner willkürlich beseitigen. Der Gläubiger kann es wohl dadurch, daß er seinen Anspruch selbst theilt und gegen jeden seiner mehreren Schuldner auf den Antheil beschränkt, den dieser nach dem Verhältniß zu seinen Mitschuldnern zu tragen hat; diesen Antheil kann der Gläubiger auch dem Schuldner wirksam erlassen und ihn dadurch auch den Mitschuldnern gegenüber befreien, soweit der von seinem Antheil befreite Schuldner nicht für einen Ausfall bei einem andern Mitschuldner haftet. § 426 Abs. 1 Satz 2.

Aber durch Erlaß der Gesammtschuld gegenüber einem Gesammtschuldner, kann der Gläubiger den anderen Gesammtschuldnern ihren Anspruch aus § 426 Abs. 1 Satz 1 selbstverständlich nicht nehmen. Der Anspruch wird auch dadurch nicht beseitigt, daß der Gläubiger an Stelle eines Gesammtschuldners oder ein Gesammtschuldner an Stelle des Gläubigers durch Vereinigung tritt, — mittels Erbgangs oder Cession, oder daß der Gläubiger einen Gesammtschuldner nicht in Anspruch nimmt und seine Forderung gegen ihn verjähren läßt, vgl. unter 17, auch nicht dadurch, daß der eine Schuldner durch Uebernahme seiner Schuld Seitens eines Dritten dem Gläubiger gegenüber befreit wird. So wenig das Verhältniß der Gesammtschuldner unter einander den Gläubiger angeht, sein Recht berührt, so wenig kann er in dasselbe zum Nachtheil der Gesammtschuldner eingreifen und noch weniger der einzelne Gesammtschuldner selbst sich von seiner Verpflichtung anders als durch Erfüllung befreien.

19. Der einzelne Gesammtschuldner erfüllt seine Verpflichtung gegen die anderen durch Leistung seines Antheils an den Gläubiger. Wird er von dem Gläubiger auf

das Ganze in Anspruch genommen, so kann er nach § 72 CPO. den anderen Gesammtschuldnern den Streit verkünden und die anderen können als Nebenintervenienten beitreten. §§ 66 ff. CPO. Leistet er an den Gläubiger die gesammte Schuld oder befriedigt er den Gläubiger sonst vollständig, so fordert er Ersatz dessen, was er über seinen Antheil geleistet hat, von den übrigen Gesammtschuldnern nicht als Gesammtschuldnern, sondern von Jedem dessen Antheil an der Gesammtschuld. Hat er den Gläubiger durch eine geringere Leistung als die Gesammtschuld beträgt, abgefunden, so muß dies allen Gesammtschuldnern zu gute kommen; soweit der Gesammtschuldner die Antheile anderen entrichtet, führt er eigenes und zugleich fremdes Geschäft, mit oder ohne Auftrag. BGB. §§ 667, 677, 684. Nur was ihm der Gläubiger schenkt, ist eigene Leistung. Vgl. RG. 9 S. 297.

Fordert der Gläubiger von einem einzelnen Gesammtschuldner auch nur einen Theil der ganzen Schuld, so haben die anderen ihren Antheil doch auch an diesem Theil zu entrichten, da jeder Gesammtschuldner zu jeder Leistung, die der Gläubiger fordert, mitzuwirken verpflichtet ist. § 426 Abs. 1 Satz 1. OHG. 24 S. 99. StrA. 91 S. 193. Zur Begründung des Regresses ist nicht erforderlich, daß der Schuldner das Ganze gezahlt hat, oder mehr als seinen Antheil, nur, daß er etwas gezahlt hat, ohne daß der Andere mitgezahlt hat. Und daß er mitgezahlt hat, ist von dem Anderen zu beweisen. Zur Begründung der Regreßklage genügt also die Darlegung der Gesammtschuld, der Betheiligung daran und des Geleisteten.

Hat der Gläubiger von seiner Befugniß Gebrauch gemacht, alle Gesammtschuldner auf das Ganze und getrennt zu belangen, zu gleicher Zeit oder nacheinander, so kann Jeder in die Lage kommen, das Ganze leisten zu müssen und bis zur Leistung stehen alle einander gleich. Belangt der Gläubiger alle zugleich oder nacheinander nur auf einen Theil der Forderung, so kommt es darauf an, welchen Antheil an jedem Theil jeder einzelne rechnungsmäßig zu tragen hat. Haben mehrere Gesammtschuldner jeder einen Theil gezahlt und ist dadurch die ganze Schuld getilgt, so fordert der von den Anderen, der mehr als seinen Antheil geleistet hat. Machen die Theile nicht das Ganze aus, so ist der Antheil des Einzelnen an dem Gesammtbetrage der Theile maßgebend für den Regreß.

Hat der eine Schuldner geleistet, nachdem der andere die ganze Schuld getilgt, so fordert er vom Gläubiger nach § 814 zurück, was er geleistet hat. Betragen die Leistungen aller mehr als die Gesammtschuld, so fordert der zurück, der gezahlt hat, als die Schuld bereits getilgt war, und das, was über den Betrag der Schuld von ihm gezahlt ist. Aus dem Rechtsverhältniß, das zwischen den Gesammtschuldnern nach § 426 durch ihre Ausgleichpflicht unter einander besteht, kann eine Verantwortlichkeit dessen, der gezahlt hat, dafür folgen, daß die anderen nicht durch Unkenntniß davon zu Schaden kommen, indem sie mehr als die Gesammtschuld zahlen und vom Gläubiger keinen Ersatz erlangen können.

20. Der ursprünglich gleiche Antheil des einzelnen Gesammtschuldners kann sich dadurch steigern, daß der Antheil eines Gesammtschuldners von ihm nicht zu erlangen ist, weil er unvermögend, verschollen, abwesend, nicht zu belangen, verstorben, seine Erben nur beschränkt haften. Nach § 426 Abs. 1 Satz 2, wie nach ALR. I 5 § 447 wird dieser Ausfall von den anderen regreßpflichtigen Gesammtschuldnern so getragen, wie die Gesammtschuld selbst; er ist wie diese auf sie und den, der geleistet hat und Ausgleich zu fordern hat, zu repartiren. Sind A, B, C Gesammt-

schuldner für 1000 zu gleichen Theilen, hat B die ganze Schuld bezahlt, ist A zahlungsunfähig, so fordert B von C 500, ebenso auch, wenn A im Verhältniß zu B und C das Ganze zu zahlen hätte, B und C gegen ihn Jeder Regreß auf 500 hätten. Vgl. RG. 31 S. 69 (mehrere Wechselaussteller). Haftete A zu $1/2$, B, C jeder zu $1/4$, hat B das Ganze mit 1000 bezahlt, fällt A aus, so fordert B von C dessen ursprünglichen Antheil von 250 und die Hälfte des Ausfalls von 500, und wenn A zu $1/5$, B zu $3/5$, C zu $1/5$ haftete, fordert B in gleichem Falle von C $1/5$ mit 200 und von dem Ausfall des A 50, zusammen 250, während er selbst 750 trägt.

21. Neben dem Recht auf Ausgleichung erwirbt der Gesammtschuldner, der den Gläubiger befriedigt, soweit er Ausgleichung fordern kann, an Stelle des alten benef. ced. actionum die Forderung des Gläubigers selbst. § 426 Abs. 2, § 412. Beide Rechte bestehen nebeneinander, so daß sie selbständig geltend gemacht werden können, das eine durch Verjährung erlöschen, das andere bestehen kann. Nach §§ 412, 401 gehen mit der Forderung des Gläubigers Hypotheken, Pfandrechte, die Rechte aus Bürgschaft, die Vorzugsrechte im Konkurse und in der Zwangsvollstreckung auf den Gesammtschuldner über. Nur verliert die Forderung, da der Untergang nur so weit reicht, als das Recht auf Ausgleichung reicht, die Eigenschaft, daß sie gegen die anderen Gesammtschuldner auf das Ganze geltend gemacht werden kann. Jeder haftet nur für den Theil, für den er aus der Ausgleichung verpflichtet ist, und der Schuldner, der den Gläubiger befriedigt, kann nicht seinen eigenen Schuldantheil von den Mitschuldnern beitreiben.

An dieser gesetzlichen Beschränkung des Uebergangs der Forderung kann durch den Willen des Gläubigers und Schnldners nichts geändert werden, so wenig wie das Regreßrecht selbst durch sie geändert werden kann. Vgl. unter 18. Cedirt der Gläubiger dem Gesammtschuldner, von dem er Befriedigung erhalten, die ganze Forderung, so kann dieser auf Grund der Cession doch nicht mehr fordern, als er aus der Ausgleichung fordern könnte. Vgl. ALR. I 16 §§ 493, 494. RG. 18 S. 88. OHG. 6 S. 222. Selbst wenn der Gläubiger seine Rechte aus dem Judikat gegen einen oder alle Gesammtschuldner an einen cedirt, wird an dem Regreßrecht nichts geändert, und weder im Falle der Cession durch den Gläubiger noch im Falle der cessio legis kann dem Cessionar, der zugleich Gesammtschuldner, vollstreckbare Ausfertigung des vom Gläubiger erstrittenen Judikats aus § 727 CPO. mit Sicherheit ertheilt werden, da nicht zu ersehen, wieweit die Cession wirksam ertheilt ist. Wird vollstreckbare Ausfertigung ertheilt, so steht dem Schuldner die Klage aus § 767 CPO. auf Aufhebung der Zwangsvollstreckung zu. Vgl. den Fall RE. 1 Nr. 124, wo A an B und C gegen Schuldschein ein Darlehen von 4000 gegeben, B mehr als die Hälfte der Schuld bezahlt, A dann gegen B und C den Rest eingeklagt, C den Rest an A gegen Quittung und Cession der Rechte aus dem Judikat gezahlt hatte und auf Grund der Cession die Exekution gegen B betrieb. Hier ist die Exekution auf Klage des B gegen C aufgehoben, weil B mehr als C an den Gläubiger bezahlt hatte und C nach § 445 I 5 ALR. nichts fordern konnte, wenn er nicht bewies, daß B ihm noch aus der Regreßpflicht etwas schulde, während B behauptete, daß er überhaupt nichts schulde, weil das Darlehen für C zum Bau einer Bäckerei nachgesucht und verwendet sei. Vgl. unter 23.

22. Andrerseits soll nach § 426 Abs. 2 Satz 2 der Uebergang nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden können. Vgl. oben zu § 268 S. 82

und S. 377 unter 3. nemo surrogat contra se. Von Bedeutung ist der Rechtssatz auch hier namentlich, wenn der Gläubiger nur theilweise befriedigt ist und für seine Forderung Sicherheit erhalten hat. Diese haftet ihm nach dem Rechtssatz wegen seiner Restforderung und wegen anderer Forderung, für die sie haftet, ganz und an erster Stelle. Hat der Gesammtschuldner A den Gläubiger theilweise befriedigt, fällt der Gesammtschuldner B demnächst in Konkurs, so verlangt der Gläubiger in diesem Konkurse Befriedigung wegen seiner Restforderung, so kann A in diesem Konkurse doch nicht neben dem Gläubiger Befriedigung wegen des durch ihn getilgten und auf ihn übergegangenen Theils der Forderung verlangen, sofern die Konkursdividende des Gläubigers dadurch geschmälert wird. Noch weniger kann nach § 68 KonkO. der Gesammtschuldner, der noch nichts bezahlt hat, im Konkurse des anderen Gesammtschuldners neben dem Gläubiger seine eventuelle Regreßforderung aus der Befriedigung des Gläubigers geltend machen, die im Konkurse des Anderen aus dessen Konkursmasse, nicht durch ihn erfolgt, durch ihn nur erfolgt, wenn er selbst den Gläubiger befriedigt und dadurch zugleich dessen Forderung erwirbt. Für den Ausfall kann ein Konkursanspruch des Gesammtschuldners neben dem des Gläubigers im Konkurse des anderen Gesammtschuldners nicht bestehen. Der durch das Pl. RG. 14 S. 172, vgl. RG. 42 S. 36, festgestellte Rechtssatz, daß neben dem Gläubiger, der für seine volle Forderung im Konkurse aus der Masse antheilsmäßige Befriedigung erhält, nicht noch der Mitverpflichtete Dividende beanspruchen kann, ist auf dem Boden des BGB. ganz unbedenklich.

Ist die Forderung des Gläubigers durch Zwangsvergleich im Konkurse eines Gesammtschuldners getilgt, §§ 173 ff. KonkO., so bleiben die Rechte des Gläubigers gegen den Mitschuldner nach § 193 das. zwar unberührt, aber die Befriedigung des Gläubigers durch den Mitschuldner kann diesem kein Recht auf die Akkordrate gegen den Mitschuldner geben, der akkordirt hat, nachdem dessen Schuld durch den Akkord beseitigt ist. RG. 14 S. 172, 177, 178, 179.

23. Die Regel, daß die Gesammtschuldner unter einander zu gleichen Antheilen verpflichtet sind, gilt nach § 426 Abs. 1 Satz 1 nicht, soweit ein Anderes bestimmt ist. Diese Bestimmung kann sich aus dem Rechtsverhältniß zwischen den Gesammtschuldnern ergeben, oder aus dem Gesetz. Aus beiden kann folgen, daß die Gesammtschuldner nicht zu gleichen, sondern zu verschiedenen Antheilen gegen einander haften; es kann sich auch ergeben, daß eine Ausgleichpflicht überhaupt nicht besteht.

Das ALR. I 5 § 444 sagt, daß beim Mangel vertragsmäßiger Bestimmung über die Ausgleichung die Pflicht dazu nach dem in Ansehung des übernommenen Geschäfts oder des daraus gezogenen Vortheils obwaltenden besonderen Verhältnissen beurtheilt werden müsse. In I 6 § 34 ist der Regreß unter mehreren, die einen Schaden vorsätzlich veranlaßt haben, versagt. Letzteres hat das BGB., abweichend von Entw. 1 § 338 wie C. c. art. 1213, 1214, RG. 19 S. 385, fallen lassen. Dagegen gilt auch für das BGB., daß der Antheil anders bestimmt werden, die Ausgleichung ganz fortfallen kann, sei es durch Vertrag (Gesellschaftsvertrag), sei es auch ohne ausdrückliche Bestimmung durch die Natur des Geschäfts und wieweit es den einzelnen Gesammtschuldner angeht. C. c. art. 1216.

Auch nach BGB. ist im Verhältniß zwischen A und B A allein der Schuldner, wenn das Darlehn, über das der Schuldschein oder der Wechsel von Beiden ausgestellt, von A gesucht und verwendet, B nur seinen Namen hergegeben hat, um dem

A Kredit zu verschaffen. RG. 51 S. 69, OHG. 2 S. 349, 1 S. 102, 3 S. 184. ObTr. 9 S. 335, 343. RE. 1 Nr. 224. In ObTr. 77 S. 26 hatten A und B auf ihrem gemeinschaftlichen Grundstück eine Kautionshypothek für Forderungen des C an die offene Handelsgesellschaft D, deren Theilhaber B war, eintragen lassen. Das Geschäft ging nur B, nicht A an, der mit seinem Theil für fremde Schuld eintrat. Als die Gesellschaft D und ihre Theilhaber in Konkurs verfielen, wurde auf Anforderung des Gläubigers C das Grundstück theilungshalber subhastirt, aus dem Erlöse die Hypothek gedeckt. Hier konnte C aus der Hypothek Befriedigung von A und B fordern, im Verhältniß zwischen A und B war nur B Schuldner, diesem gegenüber konnte A deshalb die volle Hälfte des Kaufgeldes und Ersatz dessen fordern, was aus dieser Hälfte zur Befriedigung des C verwendet war. Nur A hatte hier Regreß gegen B und zwar auf das Ganze, nicht dagegen B gegen A. Ebenso in OHG. 6 S. 222, wo A ein Gut gekauft, mit B gemeinschaftlich ein Darlehn bei C erhoben hatte, um das Kaufgeld zahlen zu können und das Gut demnächst für gemeinschaftliche Rechnung mit B zu verkaufen, aus dem Verkauf dann aber nichts wurde und A allein das Gut behielt. Als A in Konkurs verfiel, zahlte B das Darlehn an C, erhielt Cession und meldete das ganze Darlehn im Konkurse an. Die Cession des C würde den Rückgriff auf das Ganze nicht haben begründen können, vgl. unter 21, aber materiell war das Geschäft nur noch Geschäft des A, nachdem der gemeinschaftliche Verkauf sich zerschlagen hatte. Nicht anders lag die Sache in RG. 42 S. 36, wo der Vater ein Darlehn suchte, der Sohn es auf seinen Namen erhielt, der Vater dem Gläubiger gegenüber die Bürgschaft übernahm, der Sohn das Geld dem Vater gab. Hier hatte der Vater keinen Regreß als Bürge gegen den Sohn, da materiell er der Darlehnsempfänger war. Wenn A, B, C kaufen und sich für den Fall nicht pünktlicher Zahlung des Kaufpreises einer Konventionalstrafe unterwerfen, A und B ihren Antheil rechtzeitig zahlen, C im Rückstand bleibt, deshalb alle Drei die Strafe zahlen müssen, ist im Verhältniß zwischen A, B, C alleiniger Schuldner C.

Ebenso ist im Falle des § 419 im Verhältniß zum Gläubiger der bisherige Schuldner und der Uebernehmer des Vermögens Schuldner, im Verhältniß unter diesen beiden nur der Uebernehmer.

Dasselbe Verhältniß findet nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes statt in den Fällen der §§ 831, 832, 833—838 nach § 840 Abs. 2, 3 und nach § 841 zwischen dem, der den Schaden durch sein Verschulden angestiftet hat und dem, der für ihn als Geschäftsherr, Aufsichtspflichtiger, Eigenthümer des Thieres haftet. Ebenso in § 1833 Abs. 2 (Vormund, Gegenvormund, Mitvormund). Vgl. auch RG. 51 S. 362 zu HGB. II § 735 Abs. 2, BGB. § 254 Abs. 1.

VI. Gesammtgläubiger.

24. Nach ALR. I 5 §§ 450 ff. konnten, abweichend vom röm. und gem. Recht, SBGB. und C. c. Mehrere, die durch Vertrag zu derselben Sache oder Leistung berechtigt, ihr Recht in der Regel nur gemeinschaftlich ausüben, Keiner das Recht des Anderen einseitig schmälern; untereinander standen die mehreren Berechtigten wie Miteigenthümer; Miteigenthümer konnten nur gemeinschaftlich über die gemeinschaftliche Sache verfügen, Miterben vor der Theilung Nachlaßforderungen nur gemeinschaftlich einziehen, §§ 10, 11, 151 I 17; der Einzelne konnte weder das gemeinschaftliche Recht noch den ihm zustehenden Antheil gegen Dritte verfolgen. Daneben wurde aber das

Individualrecht des Einzelnen, sein Theilnahmerrecht, §§ 4, 11, 15, 16 ff. I 17, durch die Praxis in weitem Maße anerkannt, soweit die Verfolgung desselben das Recht der anderen Berechtigten nicht beeinträchtigte und den Verpflichteten nicht in eine nachtheiligere Lage brachte. Vgl. ObTr. 68 S. 77, 22 S. 136, 35 S. 352, RE. 1 Nr. 125, 3 Nr. 271, RG. 20 S. 312, 318 ff. Durch Vertrag und letztwillige Verfügung konnte die Gemeinschaft beseitigt, solidare Berechtigung oder Berechtigung nach Antheilen begründet werden. Das Gesetz bestimmte eine Ausnahme in I 11 § 615 beim Kauf einer Leibrente durch Mehrere, wiederholte die Regel des § 450 I 5 aber in I 11 § 320; 13 § 210; 14 §§ 63, 65; 20 § 181 (Wiederkaufsrecht mehrerer Verkäufer, Recht mehrerer Auftraggeber, mehrerer Deponenten, mehrerer Verpfänder derselben Sache). Die gemeinschaftlichen Rechte der Miterben wurden nach den Grundsätzen vom Miteigenthum behandelt, I 17 §§ 115, 151 ff.

Für die Vereinigung Mehrerer zu einzelnen Handelsgeschäften stellte der inzwischen gestrichene Art. 269 HGB. I den Rechtssatz auf, daß jeder Theilnehmer solidarisch aus Geschäften berechtigt, die im Auftrage und Namen Aller oder gemeinschaftlich oder durch gemeinsamen Bevollmächtigten geschlossen. Für die offene Handelsgesellschaft folgt aus den Bestimmungen des alten HGB. wie des neuen die gemeinschaftliche, nicht solidarische Berechtigung der Gesellschafter aus der rechtlichen Natur des Gesellschaftsvermögens als Vermögens zur gesammten Hand während der Dauer der Gesellschaft und bis zur Beendigung der Liquidation. HGB. II § 124 Abs. 2.

Der § 2 des Reichsanfecht.Ges. v. 21. Juli 1879 (RGBl. 1898 S. 709) berechtigt jeden Gläubiger unter den angegebenen Voraussetzungen zur Anfechtung einer Rechtshandlung seines Schuldners, um Zurückgewähr dessen, was durch dieselben der Zwangsvollstreckung entzogen, zu erlangen. § 7. Mehrere Gläubiger, welche dieselbe Rechtshandlung anfechten, um dasselbe ganz oder theilweise wiederzuerlangen, sind jeder Gläubiger auf dasselbe. BGB. § 428.

In § 2 der Geb.O. für Rechtsanwälte ist bestimmt, daß bei Uebertragung eines Auftrags zur gemeinschaftlichen Ausführung an mehrere Rechtsanwälte jedem die volle Gebühr zusteht, — eine Spezialvorschrift, die keine Gesammtgläubigerschaft schafft, sondern mehrere Forderungen nicht auf dasselbe, sondern auf gleiches.

25. Nach BGB. gilt als Regel der Satz des § 420. Mehrere Gläubiger einer theilbaren Leistung sind im Zweifel nur zu gleichen Antheilen berechtigt. Daß sie Gesammtgläubiger sein sollen, d. h. nach § 428 jeder die ganze Leistung soll fordern können, der Schuldner oder die mehreren Schuldner die Leistung aber nur einmal zu bewirken verpflichtet sein sollen, muß durch Vertrag oder Gesetz bestimmt sein, ohne Unterschied zwischen theilbarer oder untheilbarer Leistung. Wo Mehrere eine untheilbare Leistung zu fordern haben, die ihrer Natur nach durch Leistung an Einen dem Anderen zu gute kommt, ist Gesammtgläubigerschaft von selbst gegeben; es hat keine Bedeutung, daß jeder Gläubiger nur Leistung an alle soll fordern, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich soll leisten dürfen. § 432. Forderung und Leistung verstehen sich so von selbst ihrer Natur nach. Entw. I § 339 Abs. 1 Satz 2 bestimmte, daß in diesem Falle jeder Gläubiger zur Forderung der ganzen Leistung berechtigt sei. Das ist als selbstverständlich gestrichen. Wenn der Käufer mehreren Verkäufern eines Grundstücks gegenüber die Löschung einer eingetragenen Hypothek übernimmt, so sind alle befriedigt, wenn die Hypothek auf Klage des Einen gelöscht wird.

Ebenso liegt die Sache, wenn durch Vertrag für Mehrere eine Reparatur an gemeinschaftlicher Sache oder eine andere Arbeit auf gemeinschaftlichem Grundstücke und für dasselbe oder für eine gemeinschaftliche Grundgerechtigkeit die Herstellung einer erforderlichen Anlage übernommen ist, § 1021. Vgl. SBGB. § 1037. Aber auch in diesen Fällen kann der Vertrag die nur gemeinschaftliche Berechtigung ergeben. Die Untheilbarkeit der Leistung allein begründet, wie sich aus § 432 ergiebt, die nur gemeinschaftliche Berechtigung nicht. Die Gesammtgläubigerschaft begründet aber, wie sich aus ihrem Inhalt nach §§ 428, 429 ergiebt, so viel Gefahren für den einzelnen Gläubiger und setzt zugleich den Schuldner so vielen Unbequemlichkeiten aus, daß der Vertrag, der sie begründen soll, sorgfältiger Prüfung bedarf.

Gesetzlich ist Gesammtgläubigerschaft in § 2153 Abs. 3 bestimmt. Mehrere können mit einem Vermächtniß so bedacht werden, daß ein Anderer bestimmt, wer das Vermächtniß erhalten soll. Kann die Bestimmung nicht getroffen werden oder wird sie trotz Aufforderung in der bestimmten Frist nicht getroffen, so sind die Bedachten Gesammtgläubiger, ohne im Zweifel zur Theilung verpflichtet zu sein. Die Vorschrift in § 2194 über den Anspruch auf Vollziehung testamentarischer Auflage hat einen anderen Charakter, insofern es sich nicht um Leistung an einen Gläubiger handelt.

Mehrere Erben sind, wie bereits früher hervorgehoben, als solche nie Gesammtgläubiger. §§ 2032 ff., 2039, 2040. Vgl. im Uebrigen zu § 432.

26. Der Inhalt der Gesammtgläubigerschaft ist nach § 428, daß jeder Gläubiger das Ganze fordern kann, als sei er der einzige Gläubiger, daß der Schuldner an jeden leisten kann, selbst wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf Leistung erhoben hat, daß er mehr als die einmalige Leistung aber nicht schuldet. Jeder Gläubiger hat denselben Schuldner, der Schuldner ist jedes Gläubigers Schuldner; insofern bestehen mehrere, durch den Gegenstand der Leistung verbundene Schuldverhältnisse.

Daraus, daß Jeder Gläubiger auf das Ganze ist, folgt, daß Jeder den Schuldner auf das Ganze oder einen Theil belangen kann, ohne daß der Schuldner sich darauf berufen kann, daß er von dem Anderen bereits belangt, auch nicht darauf, daß er bereits verurtheilt sei. Die Klage wirkt nicht konsumirend. Damit konkurrirt das Recht des Schuldners, Jeden als seinen alleinigen Gläubiger zu behandeln und an ihn zu leisten, auch wenn er von einem anderen belangt oder zur Leistung an ihn verurtheilt ist. § 428. Was Entw. I § 322, SBGB. § 1022 ausdrücklich sagt, daß die Gültigkeit der Berechtigung des Einen nicht abhängt von der Gültigkeit der Berechtigung des Anderen, versteht sich auch hier wie bei der Gesammtschuld. Anders im Falle § 432, und wenn durch den Fortfall der Berechtigung des Einen die Erfüllung durch den Anderen fortfällt. Daraus, daß die mehreren Gläubiger, einzeln und zusammen, die Leistung nur einmal zu fordern haben, folgt, daß der Schuldner durch Erfüllung an einen und durch das, was der Erfüllung gleich steht, von allen Gläubigern frei wird. § 429 Abs. 3, § 422. ObTr. 56 S. 297. Aufrechnung, die dem einen Gläubiger erklärt oder mit ihm verabredet ist, wirkt gegen alle; aber auch hier versteht sich nach § 387 von selbst, daß der Schuldner einseitig nur gegen den Gläubiger aufrechnen kann, gegen den er eine Forderung hat. § 422 Abs. 2, § 429 Abs. 3. Durch solche Aufrechnung beseitigt er die Ansprüche aller, auch wenn er sie erst erklärt, nachdem ein anderer gefordert hat.

Hinterlegung für einen Gläubiger unter Verzicht auf Rücknahme

wirkt nach § 378 gegen alle Gläubiger. § 422, § 429 Abs. 3. Hinterlegung für Einen ohne Ausschließung der Rücknahme giebt nach § 379 Abs. 1 dem Schuldner nur das Recht, den Gläubiger, für den er hinterlegt hat, auf die hinterlegte Sache zu verweisen, während der Gesammtschuldner, der für den Gläubiger hinterlegt hat, die Verweisung jedem Gesammtschuldner erwirbt. Aber auch in diesem Falle wirkt die Hinterlegung für einen Gläubiger nach § 429 Abs. 3 gegen alle Gläubiger, weil der Gläubiger, für den hinterlegt ist, nach § 382 trotz des Vorbehalts ein unmittelbares Recht auf das Hinterlegte erworben hat und in der Lage ist, sich zu befriedigen. Das soll dem Schuldner gegen alle zu gute kommen. Ist die Hinterlegung wegen Annahmeverzugs erfolgt, der nach § 429 Abs. 1 gegen alle Gläubiger wirkt, so muß auch die Hinterlegung gegen alle wirken. In anderen Fällen kann den anderen Gläubigern die Replik der Arglist oder der Chikane zustehen. Vgl. oben S. 308 unter 6 Abs. 3. Die Frage ist sehr streitig. Vgl. Crome, System 2 § 208 Anm. 14. Dernburg, BR. 2 § 265 II 3.

Zufällige Unmöglichkeit der Leistung tilgt die Forderung für alle Gläubiger.

27. Nach § 429 Abs. 1 wirkt Verzug eines Gesammtgläubigers auch gegen die übrigen Gläubiger, und nach § 429 Abs. 2 erlischt die Forderung der anderen Gläubiger mit der Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person Eines Gesammtgläubigers. Anders Entw. I §§ 326, 333 und SBGB. § 1025.

Die Vorschrift des Abs. 1 rechtfertigt sich ebenso wie die in § 424. Vgl. unter 13. Dem Schuldner muß gegen alle Gläubiger zu gute kommen, wenn er auch nur den einen in die Lage versetzt hat, sich zu befriedigen, der andere Gläubiger müßte denn den Schuldner in Leistungsverzug gesetzt und dadurch die mora für seine Person purgirt haben. Unmöglichkeit der Leistung während des Verzugs wirkt deshalb wie nicht zu vertretende Unmöglichkeit überhaupt gegen alle Gläubiger.

Die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Gesammtschuldners läßt die Schuld der anderen Schuldner nach § 425 Abs. 2 unberührt, die anderen Schuldner bleiben Schuldner; für sie fällt der innere tilgende Grund der Vereinigung fort. Vgl. unter 17e. Wird dagegen ein Gesammtgläubiger Schuldner oder der Schuldner Gesammtgläubiger, der Schuldner also immer zugleich Gläubiger, so kann ein Schuldverhältniß zu den anderen Gläubigern nicht weiter bestehen, sondern nur ein Ausgleichverhältniß.

Abtretung der Forderung durch einen Gläubiger an einen Anderen (Gläubiger oder Nichtgläubiger) ändert natürlich an der Forderung selbst nichts und noch weniger an dem Verhältniß der Gläubiger unter einander. Soweit der Gläubiger regreßpflichtig, kann er sich durch Abtretung nicht befreien. § 429 Abs. 3 Satz 2. Was an seinen Cessionar geleistet, gilt als an ihn geleistet und er haftet dafür für die Ausgleichung. § 430.

28. Nach § 429 Abs. 3 sollen im Uebrigen außer § 422 auch die §§ 423, 425 auf das Verhältniß zwischen Gesammtgläubiger und Schuldner entsprechende Anwendung finden. Soweit das Schuldverhältniß, aus welchem Forderung und Schuld herrühren, nicht ein Anderes ergiebt, soll also insbesondere durch Erlaßvertrag zwischen einem Gesammtgläubiger und dem Schuldner die Schuld auch gegenüber dem anderen Gläubiger aufgehoben werden können, wenn die Vertragschließenden es wollen. Entw. I § 332. Das können sie nicht wollen, wenn sich aus dem Schuldverhältniß für Beide ergiebt, daß der einzelne Gesammtgläubiger

durch Erlaß über die Mitgläubigerrechte nicht verfügen kann. Kann er dies dem Schuldner gegenüber, so kann er seine Forderung dem Schuldner erlassen, die der Mitgläubiger vom Erlaß ausschließen, aber auch die Forderung Aller erlassen. Dasselbe hat zu gelten, wenn es sich um Vergleich oder Neuerungsvertrag (Novation) handelt. SBGB. §§ 1028, 1029, 1030 zum Theil anders.

29. Im Uebrigen folgt daraus, daß § 425 entsprechende Anwendung finden soll, daß, soweit das Schuldverhältniß nicht entgegensteht, andere Thatsachen nur für und gegen den Gesammtgläubiger wirken, in dessen Person sie eintreten. Nach § 425 Abs. 2 kann sich danach auf den Verzug des Schuldners nur der Gesammtgläubiger berufen, der ihn in Verzug gesetzt hat. Nur diesem haftet der Schuldner aus § 287 Satz 2, nur diesem haftet er bei Leistung an einen anderen Gläubiger für die Verspätung. Dagegen kann aber auch nie der Eine das volle Interesse fordern, wenn der Schuldner an den anderen geleistet hat und umgekehrt. Denn nur einmal schuldet der Schuldner Leistung oder Interesse.

Kündigung durch und an einen Gesammtgläubiger wirkt nicht für und gegen die anderen.

Verschulden eines Gesammtgläubigers schadet den anderen nicht und auch Verschulden des Schuldners einem Gesammtgläubiger gegenüber berechtigt die anderen nicht, soweit es möglich ist, daß das Verschulden des Schuldners nicht zugleich Verschulden in Bezug auf die anderen enthält. Verschuldet ein Gesammtgläubiger die Unmöglichkeit der Leistung, so wird der Schuldner auch den übrigen gegenüber wie durch zufällige Unmöglichkeit befreit, aber schadensersatzpflichtig ist ihm nur der schuldige Gesammtgläubiger. Ebenso ist der Schuldner aus Verschulden einem Gläubiger gegenüber nur diesem zum Ersatz verpflichtet.

Unmöglichkeit der Leistung einem Gesammtgläubiger gegenüber ist als nicht vertretbares subjektives Unvermögen denkbar und befreit dann den Schuldner den anderen gegenüber nicht.

Die vollendete Verjährung wird regelmäßig gegenüber allen Gläubigern vollendet sein; daß ihre Frist in Bezug auf den einen länger oder kürzer als für den anderen, wird kaum vorkommen. Aber die actio nata kann verschieden sein, ebenso kann ein Gläubiger die Forderung betreiben, die Verjährung unterbrechen, der andere sich unthätig verhalten, für den einen können Hemmungsgründe bestehen, für den anderen nicht. Nach § 429 Abs. 3 und § 425 Abs. 2 wirkt alles dies konsequent nur in personam des einzelnen Gläubigers und dessen Forderung.

Dasselbe gilt von dem abweisenden und verurtheilenden Judikat. Denn die Forderung des Einen kann bestehen, die des Anderen nicht, wenn Jeder Gläubiger auf das Ganze ist.

Die Wirkung der Schuldübernahme Seitens eines Dritten dem einen Gesammtgläubiger gegenüber ist streitig. Schollmeyer zu § 429 unter 2a. Der Vertrag kann dahin gehen, daß der Dritte nur Schuldner des Gesammtgläubigers werden will, mit dem er verhandelt, und das wird als Vertragsinhalt anzunehmen sein, wenn der Mitgläubiger nicht gedacht ist. Der Dritte kann aber auch allen Gläubigern gegenüber in die Schuld eintreten. Letzteres können die Mitgläubiger akzeptiren, sie brauchen es aber nach § 333 nicht, und einen anderen Schuldner anzunehmen, sind sie nicht gezwungen. Akzeptiren sie es, so ist ihre Zustimmung in die Befreiung des Schuldners anzunehmen. Ist anzunehmen, daß der Dritte nur dem einen Gesammt-

gläubiger gegenüber in die Schuld hat eintreten wollen, so ist der Schuldner zwar von dem einen Gläubiger befreit und Leistung durch den Dritten an den Gesammtgläubiger tilgt die Forderung aller Gläubiger. Aber ohne solche Leistung ist der Schuldner den anderen Gläubigern gegenüber nicht befreit: Die Schuldübernahme durch den Dritten ist weder Erlaß, noch Leistung, noch Leistung an Erfüllungsstatt, §§ 422, 423. Nach §§ 425, 429 Abs. 3 müßte sich aus dem Schuldverhältniß ergeben, daß der Eintritt eines Dritten in die Schuld einem Gläubiger gegenüber für und gegen alle wirkt. Aus dem Schuldverhältniß wird sich schwerlich jemals entnehmen lassen, daß ein Gläubiger den anderen einen anderen Schuldner aufdrängen kann.

30. Ausgleichung unter den Gesammtgläubigern. Nach § 430 gilt für Gesammtgläubiger als Regel, daß sie untereinander zu gleichen Antheilen berechtigt sind, § 742, ebenso wie Gesammtschuldner der Regel nach zu gleichen Antheilen verpflichtet sind. Das Besondere dieser Gemeinschaft ist, daß Jeder nach § 428 das Ganze einziehen kann. Die Ausgleichungspflicht tritt ein, sobald das Ganze oder ein Theil eingezogen ist, und die Ausgleichungspflicht begründet mit der Pflicht zur Theilung, §§ 752, 753, zugleich die Pflicht der Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit nach §§ 275 ff. Die Ausgleichungspflicht wird namentlich von Bedeutung in den oben bereits erwähnten Fällen der Verfügung über die Forderung durch Cession, durch Annahme theilweiser Erfüllung, von Erfüllung an Zahlungsstatt, durch Erlaß, Vergleich, Novation, und im Falle der Beseitigung der Forderung durch Vereinigung, im Falle derSchuldübernahme, wenn die Forderung bei dem Dritten (Schuldübernehmer) verloren gegangen ist.

Die Ausgleichungspflicht ändert sich auch hier nach § 430, wenn ein Anderes bestimmt ist. Solche Bestimmung trifft das Gesetz in dem oben bereits mitgetheilten § 2151 Abs. 3. Vgl. § 2153 Abs. 2 Satz 1. Durch Vertrag kann die Ausgleichungspflicht ausdrücklich oder stillschweigend zu anderen als gleichen Antheilen bestimmt werden. Aus dem Vertragsverhältniß kann sich auch der Fortfall jeder Ausgleichungspflicht ergeben, z. B. wenn A, B, C ein für sie gemeinschaftlich eingetragenes, materiell dem A allein gehöriges Grundstück mit der Stipulation verkauft haben, daß Jeder das ganze Kaufgeld einzuziehen berechtigt sein soll, A allein das ganze Kaufgeld oder einen Theil einzieht.

V. Gemeinschaftliche Berechtigung Mehrerer. § 432.

31. Was § 450 I 5 ALR. als Grundsatz für alle Fälle vertragsmäßiger Berechtigung Mehrerer bestimmt, schreibt § 432 für den Fall vor, daß Mehrere eine untheilbare Leistung zu fordern haben und nicht durch Gesetz oder Vertrag Gesammtgläubigerschaft, oder durch Vertrag die Art der Leistung anders bestimmt ist, z. B. Leistung an Einen, oder an einen Dritten für Alle, oder Hinterlegung oder sonstwie. Solche vertragsmäßige Abmachungen werden durch § 432 nicht ausgeschlossen. Die gemeinschaftlich Berechtigten können ihr Interesse, dem § 432 dienen soll, selbst wahren. Die Gefahren des Rechtsinstituts der Gesammtgläubigerschaft, das dem einzelnen Gläubiger gestattet, den anderen zuvorzukommen und dem Schuldner ein Wahlrecht giebt, das er mißbrauchen kann, steigern sich bei Untheilbarkeit der Leistung. Darum soll regelmäßig der Schuldner nur an Alle leisten, der einzelne Gläubiger nur Leistung an Alle fordern dürfen. Wo die Leistung ihrer Natur nach mit der Erfüllung Allen zu gute kommt, vgl. oben unter 25, enthält die

Forderung durch Einen von selbst die Forderung der Leistung an Alle. Und wo nicht Alle fordern können oder wollen, wahrt § 432 Abs. 1 Satz 2 das Individualrecht des Einzelnen im Anschluß an die Preußische Praxis, vgl. RE. 1 Nr. 125, dadurch, daß er dem einzelnen Gläubiger das Recht giebt, zu verlangen, daß der Schuldner die geschuldete Sache (species) für alle Gläubiger öffentlich hinterlege, falls sie aber nach § 372 nicht hinterlegbar, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefere. Fordert der Einzelne anders, so steht ihm die Einrede der mangelnden Berechtigung, plurium litis consortium, entgegen. Die Hinterlegung (Ablieferung) ist hier nicht Recht, sondern Pflicht des Schuldners, tritt nicht an die Stelle der Erfüllung, sondern ist der besonders zugelassene Modus der Erfüllung, erfolgt für alle Gläubiger und läßt die Befugniß der Rücknahme für den Schuldner, §§ 376, 377, 378, nicht zu. Der Verwahrer wird nach § 165 des RGes. über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsb. v. 17. Mai 1898 durch das Amtsgericht bestellt, in dem sich die Sache befindet.

32. Ueber den Begriff der untheilbaren Leistung vergl. unter 4 und 10. Auch in § 432 ist untheilbare Leistung die natürlich, rechtlich, wirthschaftlich nach der konkreten Sachlage untheilbare, die allen Gläubigern nur zu gute kommt, wenn sie ganz an Alle oder an Einen für Alle geleistet wird, während alle Theilleistungen an Einzelne doch nicht das Ganze für Alle erfüllen.

Auch nach BGB. ist die Leistung untheilbar, wenn A dem B und C ein Darlehn verspricht, wenn A und B von C ein Grundstück kaufen, wenn A und B gemeinschaftlich dem C einen Auftrag geben, ALR. I 13 § 210, RG. 20 S. 113, ObTr. 68 S. 277, wenn A und B gemeinschaftlich an C vermiethen, wenn A und B gemeinschaftlich dem C in Verwahrung geben, ALR. I 14 §§ 63ff., wenn A und B eine Sache gemeinschaftlich verpfänden, ALR. I 20 § 181, BGB. § 1223, wenn Mehrere für gemeinschaftliche Forderung Befriedigung aus demselben Grundstück zu fordern haben.

Nach §§ 502, 513 kann Wiederkaufsrecht und Vorkaufsrecht, das Mehreren gemeinschaftlich zusteht, nur im Ganzen ausgeübt werden; ausdrücklich bestimmt ist hier, daß es im Ganzen auch von Einem ausgeübt werden kann, wenn es für die Anderen erloschen oder von ihnen nicht ausgeübt wird. Nach § 356 kann das vertragsmäßige Rücktrittsrecht Mehrerer nur von Allen (und gegen alle Verpflichtete) ausgeübt werden; besonderes bestimmt ist, daß es für Alle erlischt, wenn es für Einen erlischt.

Nach § 1011 kann bei Miteigenthum jeder Miteigenthümer den Anspruch auf Herausgabe der Sache nur gemäß § 432 geltend machen, andere Ansprüche aus dem Eigenthum, §§ 985 ff., aber allein in Ansehung der ganzen Sache.

Die Untheilbarkeit der Leistung fällt fort, sobald an Stelle der Naturalerfüllung die Leistung des Interesse in Geld tritt. Wenn nicht aus dem Rechtsverhältniß der Berechtigten folgt, daß auch die Interesseforderung gemeinschaftlich, § 754, kann die Gemeinschaftlichkeit aus der Untheilbarkeit nicht mehr hergeleitet werden, vielmehr tritt nun die Regel des § 420 ein.

33. Daraus, daß die gemeinschaftlich Berechtigten die Leistung nur alle gemeinschaftlich an Alle, der Einzelne nur Leistung an Alle oder Hinterlegung für Alle oder Ablieferung für Alle fordern kann, der Schuldner nur an Alle gemeinschaftlich leisten oder auf Verlangen hinterlegen oder abliefern kann, folgt, daß die

gemeinschaftliche Forderung auch nur so für Alle getilgt werden kann. Leistung an den Einzelnen tilgt nur, soweit sie die Erfüllung für Alle enthält oder mit Einwilligung Aller so erfolgt ist, oder nachträglich genehmigt wird oder genehmigt werden muß, weil sie in die Hände Aller gelangt ist. Leistung an Erfüllungsstatt ist nur mit dem Willen Aller wirksam. Ohne Verlangen eines Gläubigers aus eigenem Recht hinterlegen kann der Schuldner nur für Alle und unter den Voraussetzungen des § 372, bei Annahmeverzug Aller auch nach § 383 zum Zweck der Hinterlegung verkaufen und den Erlös hinterlegen. In Annahmeverzug sind alle Gläubiger, wenn Allen angeboten, die Leistung aber auch nur von Einem nicht angenommen und der Schuldner dadurch gehindert ist, seine Leistung los zu werden. Das ist das Entscheidende. Vgl. oben S. 136 zu §§ 293 ff. Der Schuldner kann nicht noch als Schuldner behandelt werden, wenn er verhindert ist zu leisten, sei es durch einen oder alle Gläubiger. Verschulden setzt der Gläubigerverzug nicht voraus. Daß der Schuldner nicht an Alle leisten kann, wirkt deshalb objektiv gegen Alle. Der Abs. 2 § 432 trifft diesen Fall nicht. Nur Anbieten an einen einzelnen Gläubiger hat für die anderen keine Bedeutung. Unmöglichkeit der Leistung, die der Schuldner nicht zu vertreten hat, tilgt die Forderung Aller, und Verschulden auch nur eines Gläubigers ist von dem Schuldner nicht zu vertreten. Verschulden des Schuldners, durch das die Unmöglichkeit herbeigeführt, macht ihn allen für das Interesse verantwortlich, und jedem Gläubiger für sein spezielles Interesse. Untheilbar ist der Interesseanspruch nicht nothwendig. Im Uebrigen folgt aus § 432 Abs. 1 und 2: Dem einzelnen Gläubiger gegenüber kann der Schuldner, sofern dies bei untheilbarer Leistung überhaupt möglich, aufrechnen, aber die Forderung der anderen bleibt unberührt. Vgl. §§ 303, 308 I 16 ALR. Der einzelne Gläubiger kann gegen den Schuldner nicht mit der gemeinschaftlichen Forderung oder seinem Antheil aufrechnen, weil dies dem Abs. 1 § 432 widerspräche. StrA. 47 S. 128. Der Gläubiger, an den geleistet oder dem an Zahlungsstatt gegeben, oder gegen den wirksam aufgerechnet, und ebenso der Gläubiger, der erlassen hat, kann nicht auf Leistung an Alle, oder Hinterlegung für Alle oder Ablieferung klagen. Hinterlegung für den einzelnen Gläubiger ist wirkungslos und kann ihn nicht hindern, Hinterlegung für alle zu fordern. Erlassen kann der Einzelne nur für seine Person.

Der einzelne Gläubiger kann ferner nach § 430 Abs. 2 mit Wirkung für und gegen die anderen weder mahnen noch kündigen; ob er für sich mahnen, kündigen und dann Leistung, wenn auch nur gemäß § 432 Abs. 1, fordern kann, ist nur aus der Natur des Verhältnisses unter den Berechtigten zu entscheiden. Vgl. § 1077. Es ist z. B. nicht zulässig, daß der eine von mehreren Machtgebern für sich allein kündigt, oder daß an einen gekündigt wird, daß der eine von mehreren Vermiethern zur Räumung kündigt, der andere nicht, da die Rückgewähr nicht theilweise erfolgen kann. Klagt der einzelne Gläubiger auf Leistung an sich, so steht ihm der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation entgegen, und läßt sich trotzdem der Schuldner mit ihm ein, so hat das ergehende Urtheil gleichwohl keine Bedeutung für die anderen Gläubiger. Nicht anders wirkt aber auch das Urtheil über Klage auf Leistung an Alle oder Hinterlegung für Alle.

Die Verjährung kann mit Wirkung für Alle nur durch Klage Aller oder was der Klage gleichsteht, unterbrochen werden. Klage des Einzelnen auf Leistung an Alle oder Hinterlegung oder Ablieferung wirkt für Alle, wenn sie durchdringt und zur Leistung zwingt. Aber ohnedies wirkt die Klage des Einzelnen nicht Unterbrechung

der Verjährung für die Anderen. Keiner kann sich auf Unterbrechung der Verjährung durch den Anderen berufen, wenn die Verjährung ohne dies vollendet ist. Hemmung der Verjährung für Einen bedeutet nichts für den Anderen.

Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des einen Gläubigers hindert den Bestand der Forderung für die anderen nicht.

Verzug des Schuldners Einem Gläubiger gegenüber, der Leistung an Alle fordert, wirkt nur für diesen Gläubiger, Verzug Eines Gläubigers nur gegen diesen, Verschulden Eines Gläubigers kann die Leistung für den Schuldner wie durch Zufall unmöglich machen, so daß er überhaupt nichts zu vertreten hat, wie bereits erwähnt. Sonst wirkt Verschulden Eines Gläubigers nur gegen diesen. Im Falle des § 254 (§ 735 Abs. 2 HGB.) kann Mitverschulden Eines Gläubigers nicht den Anspruch Aller beseitigen, soweit es nicht das Verschulden des Schuldners überhaupt beseitigt. Sonst erscheint das Mitverschulden Eines Gläubigers als Mitverschulden eines Dritten, das den Schuldner nach § 830 den Gläubigern insgesammt für das Ganze haftbar macht, vorbehaltlich seines Regresses an den Einzelnen. Vgl. B. 2 zu § 300 S. 215, 216.

34. Aus § 432 ist für die Frage, wie die Ungültigkeit der Berechtigung des Einen für die der Anderen wirkt, unmittelbar nichts zu entnehmen. Der Abs. 2 trifft diese Frage nicht. Mit der Gemeinschaftlichkeit der Berechtigung auf untheilbare Leistung ist aber grundsätzlich unvereinbar, daß sie für den Einen wirksam entstanden, für den Anderen nicht besteht, für den Einen nicht, für den Anderen gültig ist, wenn nicht die besondere Sachlage ein anderes Ergebniß begründet. Darauf beruht RG. 40 S. 243 für ALR. A und B hatten ein Grundstück gemeinschaftlich verkauft; der Käufer setzt der Klage auf Zahlung des Kaufpreises entgegen, daß er durch A betrogen. Das Reichsgericht hat angenommen, daß das Vertragsverhältniß untheilbar, nur einheitlich zu erfüllen und aufzuheben, nicht theils bestehen, theils nicht bestehen könne, die Anfechtung wegen Betrugs auch das Recht des B beseitigt. Aus § 123 Abs. 2, 139 BGB. würde zu demselben Ergebniß zu gelangen sein. Vgl. auch ObTr. 41 S. 45, StrA. 96 S. 252, RG. 39 S. 221, oben unter 16. Der § 432 setzt eine für Alle gültig entstandene Forderung voraus. Vgl. auch OHG. 23 S. 417.

Noch anders liegt auch nach BGB. der Fall in RG. 44 S. 247. Haben mehrere Eigenthümer von Aktien (Erben) das Recht auf Bezug neuer Aktien bei Neuemission, erwerben sie die Forderung aber definitiv erst durch Erklärung binnen bestimmter Frist nach Aufforderung zur Erklärung, so kann der einzelne Mitberechtigte nicht durch seine Erklärung das Bezugsrecht, welches als Forderung noch nicht besteht, für alle ausüben, und auf Lieferung der Neuaktien an Alle gegen Zahlung klagen.

35. Ueber das Verhältniß der mehreren gemeinschaftlichen Gläubiger unter einander sagt das BGB. nichts. Es hängt ab von dem Rechtsverhältniß, durch das die Gemeinschaft begründet ist und von der dadurch bestimmten Natur der Gemeinschaft, die Miteigenthum, §§ 1008 ff., Gemeinschaft nach §§ 741 ff., Gesellschaft, §§ 705 ff., sein kann. Im Allgemeinen sind die Grundsätze der Gemeinschaft nach §§ 741 ff. maßgebend.

36. Außer dem Falle gemeinschaftlicher Berechtigung, die durch die Untheilbarkeit der Leistung begründet, § 432, kennt das BGB. gemeinschaftliche Berechtigung in demselben Sinne und mit gleicher Bedeutung namentlich bei der Erbengemeinschaft.

Nach § 2039 kann der Schuldner eines zum Nachlaß gehörigen Anspruchs nur an alle Erben gemeinschaftlich leisten, jeder Miterbe nur die Leistungen an alle Erben fordern, jeder Miterbe verlangen, daß der Schuldner die Sache für alle Erben hinterlege oder an einen gerichtlich zu bestellenden Verwalter abliefere.

Nach § 754 können während der communio incidens gemeinschaftliche Forderungen nur gemeinschaftlich eingezogen werden. Bei der Gesellschaft des BGB. folgt wie bei der Handelsgesellschaft aus der Natur des Gesellschaftsvermögens als Vermögens zur gesammten Hand, daß Gesellschaftsforderungen nur gemeinschaftlich, durch Alle oder den Vertreter Aller, zum Gesellschaftsvermögen eingezogen werden können. §§ 709, 710, 718, 719. Dasselbe gilt nach § 1472 für die Ehegatten in Gütergemeinschaft nach Auflösung der GG. bis zur Auseinandersetzung.

Beim Nießbrauch an einer Forderung besteht eine Interessengemeinschaft zwischen dem Gläubiger der Forderung und dem Nießbraucher. Nach § 1077 kann deshalb der Schuldner das Kapital nur an Gläubiger und Nießbraucher gemeinschaftlich zahlen, Gläubiger wie Nießbraucher ein Jeder selbständig aber Zahlung an Beide und Hinterlegung für Beide fordern, Beide aber nur gemeinschaftlich kündigen und nur Beiden gemeinschaftlich gekündigt werden.

Ebenso kann bei Verpfändung einer Forderung in Folge der Interessengemeinschaft von Gläubiger und Pfandgläubiger nach § 1281 der Schuldner nur an Beide gemeinschaftlich leisten, Jeder von Beiden Leistung an Beide oder Hinterlegung für Beide oder Ablieferung fordern.

VI. Oertliches und zeitliches Recht.

37. Für die Gesammtschuldverhältnisse und gemeinschaftlichen Schuldverhältnisse gilt bezüglich des örtlichen Rechts nichts anderes, als bezüglich der Schuldverhältnisse überhaupt.

Vor dem Inkrafttreten des BGB. begründete Gesammtschuldverhältnisse bleiben nach Art. 170 EG. den früheren Gesetzen unterworfen, soweit nicht Art. 173 (Gemeinschaft nach Bruchtheilen) Anwendung findet. Vgl. Art. 200, 213 (Erbengemeinschaft). Die Wirkung der Befriedigung des Gläubigers durch einen Gesammtschuldner, welche § 426 Abs. 2 an Stelle des benef. ced. act. bestimmt, tritt aber bei Befriedigung nach dem Inkrafttreten des BGB. auch für vorher begründete Gesammtschuldverhältnisse ein; darin liegt keine unzulässige Rückanwendung. Nur das Ausgleichungsrecht bleibt als wesentlicher Bestandtheil des Schuldverhältnisses unberührt. Alle sonstigen Vorschriften der §§ 420 ff. betreffen Inhalt und Gestaltung des Schuldverhältnisses und gestatten keine Anwendung auf früher begründete.

Sachregister.

Die Zahlen bedeuten die Seiten.

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

G.

H.

J.

K.

L.

M.

N.

O.

P.

Q.

R.

S.

T.

U.

V.

W.

Z.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.



